This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 103 218 095

Digitized by Google

55

Bd Mar. 1919

HARVARD LAW LIBRARY

Received Mar. 21. 1892.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Ueber den Begriff

der höheren Gewalt

im deutschen Transportrecht.

Von

Dr. HEINRICH HAFNER.

ZÜRICH.
Druck und Verlag von Orell Füssli & Co.
1886.

Digitized by Google

Verlag von ORELL FÜSSLI & Co. in ZÜRICH.

Sammlung

der

Handels-, Niederlassungs- und Konsular-Verträge

der Schweiz mit dem Auslande,

inbegriffen die Verträge über den

Schutz des geistigen Eigenthums.

Zusammengestellt von

Dr. **A. Eichmann.**

Preis in Baedeker-Einband 7 Mk. —

☞ Diese Sammlung ist unentbehrlich für *Export-* und *Importfirmen, Amtsstellen* etc.

Dr. **Hans Locher's**

Familien-Anlage und Erblichkeit.

Eine populär-wissenschaftliche Razzia.

Preis 5 Mk. —

An Hand der Geschichte und Literatur aller Völker stellt sich der Verfasser die Aufgabe, die Identität und Allgemeinheit des Vererbungsvorganges — speziell in den Familien — darzulegen.

Jeder Gebildete, Arzt, Jurist oder Laie wird das Buch mit höchstem Interesse lesen.

Schweizer-Blätter

für

Handelsrechtliche Entscheidungen.

Preis: Jährlich 8 Mk. —

Erscheinen alle 14 Tage.

In diesen Blättern werden die von Kaufleuten und Industriellen s. Z. mit so hohem Interesse gelesenen Veröffentlichungen der handelsgerichtlichen Urtheile wieder aufgenommen. Der Werth dieser Publikationen dürfte namentlich auch mit Rücksicht auf die Einwirkung des eidg. Obligationenrechtes auf die Rechtsprechung von allgemeinem Interesse sein.

Abonnements nehmen alle Postanstalten, alle Buchhandlungen des In- und Auslandes, sowie die obgenannte Verlagshandlung entgegen.

Digitized by Google

Ueber den Begriff

der höheren Gewalt

im deutschen Transportrecht.

Von

Dr. HEINRICH HAFNER.

ZÜRICH.
Druck und Verlag von Orell Füssli & Co.
1886.

GERMANY
952
HAF

Digitized by Google

A.26-7

Rec. March 21, 1892

Digitized by Google

Seinem lieben Vater.

Digitized by Google

Digitized by Google

Einleitung.

Die Quellen geben keine Definition der höheren Gewalt (vis major), auch gibt es keine allgemein massgebende Definition in der Wissenschaft. Der Begriff der höheren Gewalt ist vielmehr von jeher ein bestrittener. Schon in der Glosse[1]) lassen sich zwei verschiedene Ansichten erkennen und die nämlichen zwei Ansichten stehen sich heute noch gegen-

[1]) Glossa ad l. 3 D naut. caup. 4, 9: Quidam dicunt, quod licet non adhibeat levissimam culpam quis, puta enim quia fuit furto substracta, ubi non est fortuitus casus (nam furtum non computatur inter fortuitos casus, sed latrocinium), quod tunc tenetur.

Auch Donellus gehört zu diesen Quidam. Er identificirt den diligentissimus mit dem diligens und objektivirt den Begriff der höheren Gewalt. Donellus, de jure civili 16, 7 de culpa. insb. S. 882[a] und 887[b]. Die vis major ist eine vis, quae immittitur coelitus, ut si caupona tacta fulmine conflagrarit. S. 834[a].

Dagegen Cujacius definirt die vis major: Fortuitus casus est cui non potest resisti et cui praecaveri non potest. So auch die französische Jurisprudenz. Auf dem nämlichen Standpunkt steht Carpzow, opus decisionum, Decisio CC: Ein incendium, das ohne culpa eintritt, ist casus fortuitus. „Casu tamen fieri dicuntur, quum vis major accidit, quae provideri nec averti potuit."

Digitized by Google

über. Während die eine dahin geht, dass vis major solche schädigende Zufälle bedeute, welche der Verpflichtete trotz äusserster Sorgfalt und Vorsicht weder abwenden noch in ihren Folgen unschädlich machen kann, versteht die andere unter vis major eine besondere Art von Zufällen, welche sich durch äussere, objektive Merkmale von den anderen Zufällen unterscheidet.

Eingehende Versuche, den Begriff genau zu bestimmen, sind erst in neuerer Zeit gemacht worden. Goldschmidt[2]) vertheidigte in einer Abhandlung über das römische receptum nautarum, cauponum, stabulariorum die erstgenannte Ansicht und verhalf ihr, wenigstens in der Theorie, über die bis dahin herrschende Gegenansicht zum Siege. Beinahe alle seit der Abhandlung Goldschmidts entstandenen Versuche fallen, wie sich zeigen wird, unter die von Goldschmidt aufgestellte Lehre. Nur zwei Autoren, Pernice[3]) und Brinz[4]) haben, auf Grund scharfsinniger Untersuchungen des römischen Rechts, an der älteren Ansicht festgehalten. Neuerdings hat nun

[2]) Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. III, S. 58—118 und S. 331—385. Nachtrag: Bd. XVI, S. 324.

[3]) Pernice, Labeo II, S. 345—360.

[4]) Brinz, Pandekten, 2. Aufl. II 1. S. 261—279.

Digitized by Google

Exner[5]) die erstere Ansicht einer eingehenden Kritik unterworfen und, wie ich glaube, widerlegt. Er zuerst unternahm es, die ältere Lehre auch vom Standpunkt der modernen Rechtsanschauungen aus sorgfältig zu begründen und eine nicht bloss negativ gehaltene Definition, sondern positive Kriterien der höheren Gewalt zu geben.

Exner stellt die zu beantwortende Frage folgendermassen:

„Liegt das charakteristische Moment, welches einen gegebenen Komplex von thatsächlichen Ereignungen zur höheren Gewalt im rechtlichen Sinne stempelt, in dem objektiven Bestande dieser Ereignungen selber, ist es also etwas äusserlich gegebenes und gleichsam durch Augenschein feststellbares; oder aber liegt es in einer Verhältnissbeziehung zwischen jenen Thatsachen und dem den Thatsachen gegenüber entwickelten Gebahren der hypothetisch ersatzpflichtigen Personen, ist also eine Relation, deren Vorhandensein keineswegs aus den stattgefundenen äusseren Ereignungen allein, sondern erst aus einer Abwägung dieser letzteren gegen das zu ihrer Vermeidung oder Un-

[5]) Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht. Bd. X, S. 491—582. Die Abhandlung ist auch separat erschienen.

Digitized by Google

schädlichmachung aufgewendete Mass sachlicher Veranstaltungen und persönlicher Leistungen gefunden werden kann?"

Mit Exner entscheide ich mich für die erstere Betrachtungsweise.

Unbestreitbar wird da, wo die Haftung bis zur vis major gesteigert wird, ein Unterschied gemacht zwischen gewöhnlichem casus und vis major. Dass dieser Unterschied nicht in einem verschiedenen Mass von Diligenz liegen kann, haben Pernice und Exner meines Erachtens dargethan. Allein welches sind denn die Kriterien, durch welche sich die vis major vom casus unterscheidet? Diese zu finden ist eine schwierige Aufgabe. Dass die Definition Exners eine vollständig befriedigende sei, wage ich zu bezweifeln, füge aber hinzu, dass ich es kaum für möglich halte, eine solche zu geben.

Indessen ist es doch zweckmässig, bei der Wichtigkeit des Begriffes im Verkehrsrecht bei den bisherigen Versuchen nicht stehen zu bleiben, selbst auf die Gefahr hin, nicht weiter zu kommen.

Die vis major ist ein römisch rechtlicher Begriff, der in die neueren Gesetzgebungen herübergenommen wurde. Seine Hauptbedeutung hat er im gemeinen

Digitized by Google

Recht beim receptum nautarum, cauponum, stabulariorum (D. tit. 4. 9). Der Recipient haftet für die Unversehrtheit der seinem Gewerbebetrieb anvertrauten Sachen schlechthin; nur der Nachweis, dass der eingetretene Schaden durch vis major entstanden ist, macht ihn frei. Diese ausnahmsweise strenge Haftung wurde in den modernen Gesetzgebungen zunächst auf den Frachtführer zu Land ausgedehnt. Die Frachtführer zu Wasser und zu Land haften von der Uebernahme bis zur Ablieferung für jeden an den verfrachteten Gütern entstandenen Schaden, es sei denn dieser nachgewiesenermassen durch höhere Gewalt entstanden (D. Hgb., Art. 395; die nämliche Bestimmung findet sich im schweiz. O.-R., Art. 457; im Code de commerce, Art. 105, und im Engl. comon law).

Es wurde diese strenge Haftung auch angenommen für Eisenbahnunternehmungen hinsichtlich des Schadens, der durch Körperverletzung oder Tödtung einer Person bei ihrem Betriebe entsteht (Reichshaftpflichtgesetz, § 1; Schweiz. Eisenbahnhaftpflichtgesetz, Art. 2; vgl. auch Schweiz. Eisenbahntransportgesetz, Art. 4 [53]; Oesterr. Gesetz vom 5. März 1869, §§ 1 und 2).

Digitized by Google

Endlich sei noch besonders das Deutsche Postgesetz[6]) vom 28. Oktober 1871 erwähnt, wonach die Postverwaltung für die Briefe mit Werthangabe, die recommandirten Briefe und die Packete haftet, wenn der Verlust, die Beschädigung oder Verzögerung nicht durch die unabwendbaren Folgen eines Naturereignisses herbeigeführt worden sind. (§ 6b).

Vis major wird manchmal umschrieben mit „äusserer unabwendbarer Zufall", „unabwendbarer" oder „reiner Zufall". Das Preuss. Eisenbahngesetz vom 3. November 1838, § 25, gebraucht den ersten Ausdruck, das D. Hgb., Art. 395, den Ausdruck „höhere Gewalt" und fügt in Klammern hinzu „vis major", ebenso das Deutsche Reichshaftpflichtgesetz, § 1.

Es ergibt sich aus den Verhandlungen und Vorarbeiten zum D. Hgb., dass man keinen neuen Begriff schaffen, sondern den des gemeinen Rechts beibehalten wollte, wie er sich in den Grundsätzen über das receptum nautarum, cauponum, stabulariorum findet.

---

[6]) Es ist hier der Begriff der höheren Gewalt nicht aufgegeben, nur eingeschränkt. Beim Personentransport ist er in seinem ganzen Umfange beibehalten worden. S. § 11, 22 des d. Postgesetzes.

Das schweiz. Postgesetz, Art. 15, geht nicht soweit. Nach diesem Gesetze fällt die Entschädigungspflicht weg, wenn der Schaden nicht von einem Postbeamten oder Bediensteten verschuldet worden ist.

Digitized by Google

I. Das römische Recht.

Nach dem Gesagten ist vor Allem zu untersuchen, was uns das römische Recht zur Bestimmung des Begriffes bietet.

Das Corpus juris enthält, wie schon angedeutet, keine Definition der vis major, denn als solche können die Umschreibungen, wie damna, quae imprudentibus accidunt, hoc est damna fatalia, oder vis, cui humana infirmitas resistere non potest, nicht gelten. Es ist also geboten, die Stellen zu untersuchen, wo der Begriff eine Rolle spielt, und namentlich die Sätze über das receptum nautarum, cauponum, stabulariorum, wo derselbe von besonderer Wichtigkeit ist, zu prüfen.

An der Hand des, namentlich von Pernice scharf hervorgehobenen, Grundgedankens der römischen Theorie über das receptum wird sich wohl, wenigstens negativ, die vis major von dem gewöhnlichen Casus ausscheiden lassen.

Digitized by Google

Ait praetor: nautae caupones stabularii quod cuiusque salvum fore receperint, nisi restituent in eos judicium dabo.

Dieses Edikt gab eine actio in factum. Der Recipient haftete also schlechthin für die übernommenen Güter. Restituirte er dieselben nicht oder nicht unversehrt, so war er zum Ersatze verpflichtet.

Aus Billigkeitsgründen wurde später diese strenge Haftung gemildert. Die vis major oder das damnum fatale musste vom Recipienten nicht mehr vertreten werden. Der Urheber dieser Einschränkung und älteste Commentator des Ediktes, Labeo, sagt darum in Bezug auf den nauta: si quid naufragio aut per vim piratarum perierit non esse iniquum exceptionem dari, l. 3, § 1, ht. 4. 9; und es wird hinzugefügt: Idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis major contigerit.

Die Haftung in dieser Gestalt wird nun in den Fragmenten folgendermassen näher bestimmt:

1. Der Recipient haftet schlechthin (omnimodo), auch wenn der Schaden ohne seine Schuld eintritt, ausgenommen, wenn vis major vorliegt. L. 3, § 1, h. t.: At hoc Edicto omnimodo, qui recepit tenetur, etiam si *sine culpa ejus* res perierit, vel damnum datum sit, nisi si quid damno fatali contingit.

Digitized by Google

2. Er haftet für custodia, also hat er für Diebstahl einzustehen, l. 5 pr. ht. Ebenso haftet er für damnum injuria datum, l. 5, § 1: non enim dubitari oportet, quin is qui salvum fore recipit non solum a furto, *sed etiam a damno* recipere videatur.

3. Er haftet für Verschulden seiner Dienstleute und der Reisenden, wie für eigenes Verschulden, l. 1, § 8, h. t.

Darnach bezeichnet Goldschmidt[7]) in seiner Abhandlung Folgendes als den Inhalt der Haftung ex recepto:

1. Der Recipient haftet für Handlungen der Gehülfen und Reisenden unbedingt;
2. er haftet für Handlungen dritter zu der ebengedachten Kategorie nicht gehöriger Leute und zwar nicht allein gegen furtum, sondern auch gegen damnum, Vernichtung und Beschädigung;
3. er haftet nicht für damnum fatale.

Soweit nicht unbedingte Haftung ausgesprochen ist (Satz 1), hat, nach Goldschmidt, der Recipient nur für custodia einzustehen (Satz 2), das heisst für ausserordentlich sorgsame Obhut. Zufälle, die trotz

[7]) Goldschmidt's Abhandlung S. 93, § 6, und S. 115.

Digitized by Google

dieser Obhut nicht abgewendet werden können, sind vis major. Mit dem Satze: omnimodo, qui recepit, tenetur, etiam si sine culpa ejus res periit, habe Pomponius bloss hinweisen wollen auf die schlechthin verpflichtenden Delikte der Gehülfen und Reisenden.

Diese letztere Annahme scheint mir auf einer sehr willkürlichen Auslegung zu beruhen. Der Satz omnimodo tenetur geht gewiss viel weiter. Er will sagen, dass die Frage nach dem Verschulden überhaupt bedeutungslos sei. Nimmt man, wie ich glaube richtigerweise, diese Auslegung an, so ist es klar, dass im Uebrigen die Haftung des Recipienten in den Fragmenten des Titels 4. 9 nur unvollständig bestimmt ist.

Angesichts der l. 3 § 1 ist es nicht möglich anzunehmen, dass nur für Diebstahl und Beschädigung durch die Dienstleute und Reisenden gehaftet werde.[8]) Vielmehr ist der natürliche Sinn der fraglichen Stelle der, dass der Beklagte schlechthin haftet, auch wenn ihn kein Verschulden trifft, falls er nicht nachweist, dass der Schaden durch vis major entstanden ist. Darnach muss nothwendigerweise die vis major an

[8]) Vgl. Pernice, Labeo II, S. 349, N. 13.

Digitized by Google

äusseren Merkmalen erkennbar sein. Wie diese beschaffen sind, das soll das Folgende ergeben.

Der Prätor knüpft, nach dem Wortlaut des Ediktes, die strenge Haftung an das Versprechen rem salvam fore, ein Garantieversprechen, da es ja zur absoluten Haftung führt. Hat das salvum fore recipere erst durch das Edikt diese Bedeutung gewonnen? Man könnte es glauben. Allein dem ist höchst wahrscheinlich nicht so. Dem Wortlaute nach muss es, wenigstens ursprünglich, der Uebernahme von omne periculum gleich gewesen sein. Denkbar wäre, dass schon zur Zeit des Ediktes die stipulatio rem salvam fore in ihrer Wirkung abgeschwächt war, der Prätor aber die strengere Wirkung derselben für den nauta, caupo und stabularius aufrecht erhalten wissen wollte. Oder das Edikt liesse sich auch auf die Weise erklären, dass der Prätor die Garantieübernahme, welche ursprünglich durch Nebenvertrag geschehen sein mag, an die blosse Uebernahme der Güter knüpfen wollte. Jedenfalls ist dies Letztere der Gedanke der Autoren des Titels 4. 9. Diese knüpfen die Uebernahme der Gefahr an die Uebernahme der Güter. Wahrscheinlich hat auch hier eine historische Entwicklung stattgefunden. Für die gegenwärtige Untersuchung genügt es zu wissen, dass die

Digitized by Google

Haftung des Recipienten auf einer Garantieübernahme beruht und eine „selbständige Fidespflicht“ ist.[9])

Späterhin wurde nun die durch das Edikt ausgesprochene absolute Haftung des Recipienten gemildert, wie man gemeiniglich annimmt auf die custodia eingeschränkt. L. 5 pr., naut. caup. 4. 9; l. un., § 5 furt., adv. n. c. st. 47. 5. Was ist nun aber unter custodia zu verstehen? Diese Frage ist sehr schwierig zu beantworten. Darüber ist man einig, dass es sich regelmässig nur in solchen Vertragsverhältnissen um eine Pflicht zur custodia handeln kann, wo der eine Contrahent eine bewegliche, körperliche Sache zu restituiren hat; auch nimmt man allgemein an (Brinz ausgenommen), dass die custodia in den Quellen in zweifacher Bedeutung vorkommt: als Richtung der diligentia diligentis und als selbständige Haftungsform.

Die herrschende Meinung, welche durch Goldschmidt begründet wurde, nimmt die custodia als Richtung der Diligenz an, wo gesetzlich für custodia gehaftet wird. Wer, zur custodia gesetzlich verpflichtet, ausserdem die custodia noch ausdrücklich übernimmt, der hat, nach Goldschmidt, einzustehen

[9]) S. Pernice Labeo II, S. 347, N. 11.

Digitized by Google

für ausserordentlich sorgsame Obhut. Diesem werden gleichgestellt die nautae, caupones und stabularii.[10])[11])

Windscheid formulirt die Verbindlichkeiten der ex recepto Haftenden folgendermassen:

---

[10]) Goldschmidt gewinnt aus den Quellen, ausgehend von Gajus l. 35 § 4 de C. E. 18, 1 in Verbindung mit l. 55, l. 60 § 6, § 9 locati 19, 2; l. 1 de locato 4, 65 (collatio X, 9), l. 4 C eod. 4, 65; l. 3 § 2 de off. praef. vigil. 1, 15 und § 3 Inst. de e. et vend. 3, 24 folgende Sätze:

„1. Ueber den wahren Inhalt einer vertragsmässigen Uebernahme der custodia entscheidet zunächst der erkennbare Wille der Contrahenten.

2. Ist dieser nicht zu ermitteln, so muss unterschieden werden:

a) Es ist gesetzlich keine custodia zu prästiren. Hier hat die vertragsmässige Uebernahme derselben die gleiche, aber auch keine höhere Verantwortlichkeit zur Folge, als in andern Fällen das Gesetz auferlegt: nämlich Obhut gegen Entwendung ohne Anwendung von Gewalt.

b) Es ist gesetzlich für custodia einzustehen. Die obendrein vertragsmässig erfolgte Uebernahme der custodia hat hier entweder gar keinen Sinn, ist ein bedeutungsloser Zusatz — was nach allgemeinen Auslegungsregeln nicht angenommen werden darf; — oder sie führt zu einer Erhöhung der gesetzlichen Verpflichtung, zu einer Haftung auch für solche Ereignisse, welche an sich nicht imputabel, als casus zu betrachten wären, sich demnach durch die Aufwendung ausserordentlicher Sorgfalt abwenden lassen.“ Z. Bd. III, S. 111.

[11]) Das Vertragsverhältniss zwischen dem Recipienten und dem Mitcontrahenten wird regelmässig eine locatio conductio sein, woraus schon die Haftung für custodia folgt. Es ist darum natürlich, wenn man den Recipienten einem solchen gleichstellt, der die custodia ausdrücklich übernommen hat. Mit dem Receptionsakt ist eine solche Uebernahme verbunden. Die gleiche Haftung tritt aber auch dann ein, wenn das Vertragsverhältniss keine locatio conductio ist, sondern etwa ein depositum oder ein mandatum.

Digitized by Google

„Die nautae, caupones, stabularii stehen nicht bloss für Nachlässigkeit ein, sondern auch für jeden Verlust und jede Beschädigung, welche durch spezielle Beaufsichtigung der Sache hätte vermieden werden können."

Baron stellt den Satz auf, custodiam praestare sei identisch mit diligentiam exactam oder schlechthin diligentiam praestare im Unterschied zur Prästirung der custodia boni patrisfamilias.

Brinz nimmt an, die custodia begründe eine Verpflichtung selbständigen Inhalts. Sie sei nicht eine Art der Diligenz, es gebe darum eine culpa in custodiendo. „Wie jede andere Leistung, kann man auch die custodia in der Art versprechen, dass ihre Nichtleistung unabhängig von Schuld oder Nichtschuld des Promittenten prästirt werden muss." Diesen Sinn (Haftung für Verwahrung) habe in den Quellen jedes ausdrückliche Custodiaversprechen. Es komme der Uebernahme des casus nahe, nicht gleich.

Pernice endlich versucht den Nachweis, dass der Begriff der custodia eine Entwicklung durchgemacht habe. Die Römer haben ursprünglich eine von der Diligenz ganz unabhängige custodia gekannt, welche die Haftung für heimliche Entwendung und Beschädigung umfasste. Diese strenge Haftung sei in der

Digitized by Google

hadrianischen Zeit gemildert worden und schliesslich ganz in der diligentia boni patrisfamilias aufgegangen. Nur für die Schiffer, Gast- und Stallwirthe sei die alte custodia beibehalten worden, für andere (Inhaber von Lagerhallen, socii, die ein pecus aestimatum empfangen haben, l. 52, § 3, p. soc. 17. 2, gewisse Werkmeister) wenigstens hinsichtlich des furtum.[12]) Die ausdrückliche Uebernahme der custodia habe indessen auch in späterer Zeit noch eine der alten gleichstehende Haftung begründen können.

Ich halte die Ansicht Pernice's für die richtige. Ich glaube, dass in der That Spuren der erwähnten Entwicklung des Begriffes der custodia sich nachweisen lassen. Zunächst sind es die Grundsätze über die Haftung des horrearius, welche meines Erachtens den Beweis liefern, dass von Haus aus die custodia eine selbständige, von der Diligenz gänzlich unabhängige Haftungsform ist.

Der horrearius haftet unbedingt für heimliche

---

[12]) Unzweifelhaft *nicht unbedingt* haften für Diebstahl:

Der *Commodatar* (Gajus 3, 206) l. 5 § 5 comm. 13, 6, womit zu vgl. l. 18 pr. comm. 13, 6, l. 1 § 4 de O. et A. 44,7. l. 10, § 1, comm. 13, 6 — der *Pfandgläubiger* l. 13, § 1 de P. A. 13, 7, l. 19 C. de pig 8, 13 — und der *Verkäufer*. Bei letzterem stellt Gajus die custodia ausdrücklich unter den Gesichtspunkt der Diligenz. L. 35 § 4 de C. E. 18, 1.

Digitized by Google

Entwendung; l. 1. cod. de loc. 4. 65. Hat der horrearius die custodia noch ausdrücklich übernommen, so haftet er auch für gewaltsame Entwendung. Ob die custodia hier auch gegen die Beschädigung gerichtet ist oder wenigstens gegen die heimliche Beschädigung, das wird in den Quellen nicht erörtert. Hingegen sagt Gajus (l. 5, § 1, n. c. st. 4. 9), der nauta hafte, gleichwie für furtum, für damnum injuria datum, dies folge aus dem salvum fore recipere. Hinwiederum heisst es, der nauta hafte für custodia: Quod si receperit salvum fore caupo vel nauta, furti actionem non dominus rei surreptae, sed ipse habet qui recipiendo periculum custodiae subit; l. 5, § 4, furt, adv. n. c. st. 47. 5.

Ob vielleicht das Versprechen rem salvam fore ursprünglich indentisch war mit der Custodiaübernahme? Es lässt sich dies, glaube ich, nicht entscheiden.

Offenbar war die ursprüngliche Bedeutung der custodia zur Zeit, da Gajus schrieb, schon veraltet; man war sich aber der Nothwendigkeit bewusst, die Haftung der nautae, caupones, stabularii über die gewöhnliche Haftung des Schuldners hinaus auszudehnen und angesichts des Commentars von Labeo schien es unstatthaft, dieselbe nach dem umgewandelten Begriffe

86629

Digitized by Google

der custodia zu gestalten. So leitete man denn nach wie vor eine strenge, anomale Haftung aus dem dem Edikte zu Grunde liegenden salvum fore recipere ab und brachte damit eine Haftungsform zu Stande, die wahrscheinlich so ziemlich der alten custodia entspricht.[13]) Was nun der vollständige Inhalt dieser custodia ist, lässt sich nicht genau erkennen. Mit Pernice ist wohl anzunehmen, dass die custodia das grosse Gebiet der heimlichen Beschädigung umfasste. Abgegrenzt wird sie durch die vis major, das heisst ausserordentliche Naturereignisse und Feindesgewalt.

Auch die Theorie Goldschmidt's, wenn schon sie die custodia keineswegs als unbedingte Haftung für heimliche Entwendung und Beschädigung darstellt, klingt an diese Lehre an. „Der Umfang der Verbindlichkeit in solchen Ausnahmefällen (wo der schon gesetzlich zur custodia Verpflichtete die custodia noch ausdrücklich übernimmt) bestimmt sich nicht nach einem abstrakten Diligenzmassstab, etwa nach der Diligenz des allervorsichtigsten Menschen, sondern nach dem Inhalt des concreten Parteiwillens oder des

[13]) Vgl. l. 29 locati 19, 2, wo es sich allerdings nicht um bewegliche Sachen handelt, wohl aber ein Hinweis zu finden ist auf die eigentliche, ursprüngliche Tragweite der Custodiahaftung. S. Pernice Labeo II, S. 352 bei Note 28.

Digitized by Google

Gesetzes, welche gewisse, im gegebenen Fall wirklich oder präsumtiv unverschuldete, somit als Zufall zu erachtende Ereignisse in den Kreis des Vertretbaren hineinziehen und so aus dem Gebiete des nicht Vertretbaren herausnehmen. Für diesen nicht vertretbaren Zufall werden in den Quellen die Ausdrücke vis major, damnum fatale und dgl. gebraucht." [14]) Allein zieht man die von Goldschmidt aufgestellten Sätze über den Inhalt der Haftung ex recepto in Betracht, in Verbindung mit der Bd. III S. 115 gegebenen Erläuterung des zweiten Satzes, so muss man zu dem Schlusse kommen: Soweit es sich um Handlungen Dritter oder um Einwirkungen der Naturgewalt handelt, fordert Goldschmidt vom Recipienten einfach erhöhte Diligenz. Man wird eben im einzelnen Falle zu untersuchen haben, ob das eingetretene Ereigniss vertretbar sei oder nicht. Als regelmässig vertretbar wird nach den Quellen der Diebstahl gelten müssen. Wie verhält es sich aber mit dem damnum? Es wird sich schwer feststellen lassen ohne Zuhülfenahme eines Diligenzmassstabes, da ja kein objektiver Massstab gegeben ist und auch nicht gegeben werden

[14]) Goldschmidt's Abhandlung über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen. Z. Bd. XVI, S. 329, vgl. S. 326 bis 328.

Digitized by Google

soll, ob eine concrete Beschädigung vertretbar sei oder nicht. Man wird die Entscheidung nothgedrungen davon abhängig machen müssen, ob die erforderliche Sorgfalt und Vorsicht zur Abwendung des schädigenden Ereignisses beobachtet worden sei oder nicht. Da aber die diligentia diligentis hier nicht genügt, muss ein anderer Massstab angelegt werden: man gelangt unvermeidlich zum Diligentissimus. Wie verhält sich aber diese erhöhte Diligenz zur diligentia diligentis? Das ist noch nie auf befriedigende Weise gesagt worden. Diese besondere Diligenz ist eine ganz unbestimmte Grösse. Man weiss, dass der Custodient vorsichtiger und sorgfältiger sein soll, als ein bonus paterfamilias, man grübelt aber vergeblich darüber nach, bis wohin man eigentlich diese Steigerung zu treiben hat. Die herrschende Meinung hat darum auch die Superlative diligentissimus paterfamilias und exactissima diligentia mit der entsprechenden culpa levissima reducirt auf diligens paterfamilias und culpa levis, was sie in den Qellen im Grunde bedeuten.

So ergibt sich denn, dass die herrschende Meinung in der Anwendung von Goldschmidt's Theorie thatsächlich vis major und casus identifizirt.

Digitized by Google

Was die Ansicht Baron's[15]) betrifft, so ist es mir, mit Brinz[16]), unmöglich anzunehmen, dass ein Garantieversprechen zugleich blosses Diligenzversprechen sein könne. Nothgedrungen muss man die Ansicht Baron's dahin auslegen, dass er die Prästation einer erhöhten, über die des bonus paterfamilias hinausgehenden Diligenz verlangt.

Brinz nähert sich mehr Pernice. Er erkennt die grundsätzliche Unabhängigkeit der custodia von Schuld und Unschuld an. Dieses Princip sei aber, sagt er, durchbrochen worden durch die Ausnahme der Fälle der höhern, das heisst gemeiner Vorsicht und Gegenwehr überlegenen Gewalt. Nur in der Prästation des furtum bewähre sie sich noch. Damit scheint mir ausgesprochen zu sein, dass im Uebrigen die vis major nach einem Diligenzmassstab bestimmt werden muss. Der Diligentissimus taucht wieder auf.[17])

Wenn nun einerseits nicht geleugnet werden kann, dass nach den Grundsätzen des receptum nautarum, cauponum, stabulariorum die höhere Gewalt ein objektiver Begriff sein muss, so ist anderseits zu-

---

[15]) Archiv für civilistische Praxis, Bd. 32. Die Haftung für custodia. S. 44 - 95; insbes. S. 94.

[16]) Brinz, Pandekten II, S. 271 N. 30.

[17]) Brinz, Pand., S. 594.

Digitized by Google

zugeben, dass bei den andern Fällen, wo für custodia gehaftet wird, eine objektive Unterscheidung zwischen gewöhnlichem casus und vis major sich nur hinsichtlich der Entwendung feststellen lässt. Das damnum wird stets unter den Gesichtspunkt der Diligenz gestellt. Das beste Beispiel dafür gibt l. 52, § 3, pro socio 17. 2. Vielfach wird der Ausdruck vis major oder ein anderer gleichbedeutender Ausdruck gebraucht, um die Ereignisse zu bezeichnen, welche der Diligenz eines bonus paterfamilias spotten und daher nicht zu vertreten sind. L. 30 de pign. a. 13. 7; l. 1, § 4, de O. et A. 44. 7; l. 2, § 1, de peric. et com. 18. 6; l. 5, § 4, commodati 13. 6; l. 6 C. de pign. 4. 24; l. 33, l. 36, loc. 19. 2.

Man könnte also versucht sein, die vis major einfach hier mit dem casus zu identifiziren. Davor muss man sich aber hüten. In den angeführten Stellen wird der Ausdruck einfach gebraucht, um die Pflicht zur Diligenz besonders hervorzuheben. Es geschieht dies in der Regel da, wo von diligentia exactissima die Rede ist, um anzudeuten, dass nur vis major unzweifelhaft den Schuldner befreit, weil das Gebiet des gewöhnlichen casus solche Ereignisse umfasst, bei denen die Wahrscheinlichkeit des Nichtverschuldens nicht vorausgesetzt werden kann, deren Unabwend-

Digitized by Google

barkeit sich nur durch eingehende Prüfung des einzelnen Falles feststellen lässt. [18])

Als Beispiele der vis major werden gewöhnlich angeführt: Elementarereignisse und Angriff durch den Feind oder durch Räuber. Durchweg sind es Ereignisse, welche zu den aussergewöhnlichen, überwältigenden gehören. Dass die Römer im einzelnen Fall die vis major nicht nach einem ausserordentlichen Diligenzmassstab bestimmten, darauf weist hin die l. 15, § 2, loc. 19. 2, wo gesagt wird, der colonus habe solchen Schaden nicht zu tragen, welcher herbeigeführt werde durch eine vis, cui resisti non potest. Unter dieser vis versteht Gajus ausserordentlichen Hagelschlag, welcher die Ernte schwer beschädigt, feindlichen Einfall, Ueberschwemmung, im Gegensatz zu den gewöhnlichen im Leben vorkommenden und leichter zu tragenden Zufällen. An jene Fälle (wo Remission stattfindet) denkt Gajus natürlich, wenn er sagt: vis major, quam Graeci θεοῦ βίαν appellant non debet conductori damnosa esse; l. 25, § 6, loc. 19. 2.

Der gleiche Hinweis, dass bei Bestimmung der vis major nicht auf die Diligenz des Verpflichteten,

[18]) Vgl. Brinz, Pand. II. S. 272 N. 31.

Digitized by Google

sondern auf den objektiven Bestand der schädigenden Thatsachen Gewicht zu legen ist, findet sich auch in l. 24 §§ 3 und 4 de damno infecto 39. 2, wo die vis major (hier vis divina genannt) unabhängig vom Verschulden gedacht wird, lediglich als Naturgewalt, welcher ein fehlerfreies Gebäude nicht widerstehen kann. Ausserordentliche Naturereignisse hat der promissor niemals zu vertreten: — quo enim tam firmum aedificium est, ut fluminis aut maris, aut tempestatis, aut ruinae, aut incendii, aut terrae motus vim sustinere possit?

Ob im Uebrigen die Römer einen scharfen, präcisen Begriff mit dem Ausdruck vis major verbunden haben, scheint mir zweifelhaft. Aus den Stellen, wo der Begriff mit Beispielen erläutert ist, lässt sich nur ersehen, dass unter vis major solche Ereignisse verstanden werden, welche, objektiv betrachtet, in ihren schädigenden Wirkungen als unabwendbar gelten müssen. Als Gegensatz hat man sich dann solche Ereignisse zu denken, für welche schlechthin gehaftet wird, weil sie als in der Regel abwendbar gelten (furtum, heimliche Beschädigung), oder solche Ereignisse, die sich erst als Zufälle ergeben aus der genauen Würdigung des einzelnen Falles.

Digitized by Google

Der Ausdruck vis major ist in den Quellen bekanntlich nicht einmal ein technischer.[18a]) Wahrscheinlich hat ihn Labeo gar nicht gebraucht. Labeo's Meinung war wohl die, dass der Prätor das zur Entlastung behauptete Ereigniss nach seiner äusseren Beschaffenheit prüfen sollte und je nachdem es ihm prima facie als ein aussergewöhnliches, überwältigendes erscheinen würde, die exceptio zu geben oder zu verweigern hätte. In der Formel kam der Ausdruck nicht vor, denn sonst müsste er in den Ediktskommentaren erläutert werden, was nicht der Fall ist.

Eine genaue Formulirung des Begriffes wurde nicht für nothwendig erachtet, auch beim receptum nautarum, cauponum, stabulariorum nicht, wo derselbe doch von wesentlicher Bedeutung ist. Exner gibt wohl (S. 580) den richtigen Grund dieser Erscheinung an. Somit ist es Sache der heutigen Jurisprudenz, den Begriff der höheren Gewalt näher zu bestimmen.

[18a]) S. bei Brissonius de verb. signif. l. 19 sub vis.

Digitized by Google

II. Das moderne Transportrecht.

Mit der vis major hat man auch die alte Controverse über diesen Begriff in's moderne Recht hinübergenommen. Die modernen Verkehrsverhältnisse werden nun schliesslich die nöthigen Anhaltspunkte geben müssen, um dieselbe zu erledigen.

Goldschmidt kommt in seinen Untersuchungen zu dem Resultat, der moderne Verkehr rechtfertige keine andere Haftung der in Betracht kommenden Gewerbetreibenden, als die, welche sich nach seiner Ansicht aus der Untersuchung des römischen receptum ergebe. Ja er erklärte sich sogar in seinem Gutachten über den deutschen Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuches gegen die Aufnahme der Grundsätze des römischen receptum. Für die Frachtführer genügt nach seiner Ansicht die einfache Haftung für Verschulden. Er schlug folgende Fassung des Art. 371 (544) vor:

Digitized by Google

„Der Frachtführer (Verfrachter) haftet für den Schaden, welcher durch Verlust oder Beschädigung des Frachtgutes seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden ist, sofern er nicht beweist, dass der Verlust oder die Beschädigung *durch Zufall,* insbesondere durch inneren Verderb oder durch äusserlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung, oder durch sonstiges Verschulden des Absenders entstanden ist.“ Diesem Vorschlag wurde aber nicht beigetreten, sondern es fand die strengere Haftung des römischen receptum Aufnahme in's deutsche Handelsgesetzbuch.

Der Art. 395 Abs. 1 lautet: „Der Frachtführer haftet für den Schaden, welcher durch Verlust oder Beschädigung des Frachtgutes seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden ist, sofern er nicht beweist, dass der Verlust oder die Beschädigung durch höhere Gewalt (vis major) oder durch inneren Verderb, Schwinden, gewöhnliche Leckage und dgl. oder durch äusserlich nicht erkennbare Mängel der Verpackung enststanden ist“. Vgl. Art. 607 des D. Hgbs. Dieser Satz ist auch in's Schweiz. Obligationenrecht herübergenommen worden. Dort heisst es (Art. 457 Abs. 1): „Wenn ein Frachtgut verloren oder zu Grunde gegangen ist, so hat der Frachtführer den vollen Werth desselben zu ersetzen,

Digitized by Google

sofern er nicht beweist, dass der Verlust oder Untergang durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes, oder durch höhere Gewalt, oder durch ein Verschulden, oder eine Anweisung des Absenders, beziehungsweise des Empfängers verursacht sei."

Die Wissenschaft und die Praxis [19]) haben sich bei Auslegung dieses Gesetzesparagraphen in der

---

[19]) Entsch. des R. O. H. vom 4. Mai 1871 (Bd. II, S. 247): „Höhere Gewalt ist ein unter den gegebenen Umständen auch durch die äusserste, diesen Umständen angemessene und vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt weder abzuwendendes, noch in seinen schädlichen Folgen vermeidliches Ereigniss."

E. des R. O. H. vom 4. Februar 1873 unter Berufung auf Goldschmidt. Es wird dort gesagt, die Frage, ob ein bestimmtes Naturereigniss als vis major aufzufassen sei, sei nicht nach einem absoluten Massstab, sondern nach der Besonderheit des Falles zu beurtheilen. Die bejahende Antwort setze die Existenz folgender objektiver Requisite voraus:

1. Unabwendbarkeit des Ereignisses durch die nach der Lage des Falles gebotene Vorsicht;
2. Unüberwindlichkeit des eingetretenen Ereignisses durch menschliches Bemühen.

In der Regel wird, wenn auch nicht ausschliesslich, Gewicht gelegt auf den objektiven Bestand des von Seiten des Beklagten als vis major behaupteten Ereignisses. S. E. des Reichsgerichtes vom 28. September 1880 (Auslegung des Art. 211 der C. P. O). — „Bei der Prüfung, ob ein solches Hinderniss (unabwendbarer Zufall, höhere Gewalt) vorliegt, ist .... zunächst dessen objektive Beschaffenheit zu untersuchen. Ergibt sich dabei, dass trotz entsprechender Diligenz der Partei die Nothfrist nicht hätte eingehalten werden können, so kommt es auf das Verhalten der Partei überhaupt nicht mehr an, weil dasselbe in keinem ursächlichen Zusammenhang steht zur Versäumung der Frist."

Digitized by Google

Hauptsache der Theorie Goldschmidt's über das receptum angeschlossen, nur hie und da findet man Anklänge an die ältere Theorie. Exner's Auffassung wird durch das Reichsgericht zum ersten Mal erwähnt in dem Urtheil vom 7. Mai 1884 (Eger, Eisenbahnrechtliche Entscheidungen III, 197), wo es indessen nicht geboten war, sich für die eine oder die andere der beiden Ansichten zu entscheiden.

In Anschluss an Goldschmidt versucht Dernburg die strenge Haftung des Frachtführers als gesteigerte Diligenz zu begründen. Will man für gewisse Unter-

---

So wird denn auch vor Allem erfordert, dass der Frachtführer das Ereigniss nachzuweisen hat, durch welches der Verlust oder die Beschädigung herbeigeführt ist, und welchem er die Eigenschaft höherer Gewalt beimisst. E. des Reichsg. vom 7. Mai 1884 (Eger, Eisenbahnrechtl. Entsch. Bd. III, N. 197). In diesem Erforderniss allein offenbart sich eine eigentliche Haftung für Zufall.

E. des O. L. G. zu Karlsruhe vom 17. Febr. 1883. (Eger, Eisenb. Entsch. Bd. III, N. 142).

Das schweiz. Bundesgericht hingegen neigt der älteren Theorie zu. Vgl. Erismann, Zeitschr. für schweiz. R. Bd. 26. (N. F. Bd. IV), S. 36 und 37. „Die Unternehmung haftet „lorsque l'accident se caractérise comme un *cas fortuit*, c'est à dire comme le résultat du hasard ou *de causes demeurées inexpliquées*. Interessant ist, dass hier im Gegensatz zur französischen Jurisprudenz ein Unterschied gemacht wird zwischen cas fortuit und force majeure.

S. die E. vom 14. Nov. 1881 (Amtl. S. Bd. VII, S. 814).

Eine genaue Begriffsbestimmung wird nicht gegeben.

Der Commentar zum schw. Obligationenrecht von Schneider und Fick. 2. Aufl. entscheidet sich für die Definition Exners von der unten die Rede sein wird. S. Com. zu Art. 457.

Digitized by Google

nehmer eine erhöhte Diligenz einführen, so muss man die zu treffenden Massregeln und Vorkehrungen wenigstens generell bezeichnen, damit der Richter einen Anhaltspunkt hat zur Feststellung der culpa (levissima). Von diesem Gedanken geht Dernburg offenbar aus, wenn er in seinem preussischen Privatrecht Bd. II, § 69 (kurz zusammengefasst in dessen Pandekten I., S. 3, Anm. 4) sagt: „Wer das Gewerbe eines Wirthes oder Frachtführers treibt, dem liegt mehr ob, als die Umsicht des ordentlichen Mannes; er soll dauernd die wirksamsten Einrichtungen und Veranstaltungen treffen, um Diejenigen, welche mit ihm contrahiren, oder auch Dritte gegen Schaden zu sichern, falls er denselben vernünftigerweise voraussehen und ihm zweckmässigerweise begegnen konnte. Wer dies versäumt, der haftet wegen der Unvollkommenheit seiner Veranstaltungen, wenn ihm auch im gegebenen Fall kein Vorwurf gemacht werden kann.“ Und daran anknüpfend in der Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht Bd. XI. S. 342 (Entgegnung auf Exner's Abhandlung) sagt Dernburg weiter: „Nach dieser Auffassung erklärt es sich, unseres Erachtens, dass die vis major meistens bis zur culpa reicht, dass aber bei den Geschäften des Wirths und des Frachtführers etwas dazwischen liegt, wofür die

Digitized by Google

Gewerbetreibenden eine besondere Haftung übernehmen. Vis major ist, was die menschliche Kraft übersteigt; darunter ist zu verstehen, was an menschlicher Kraft mit Recht gefordert werden kann. Das ist in der Regel Vermeidung der culpa. Bei den Geschäften des Wirths und des Schiffers ist es mehr, nämlich Veranstaltung thunlichst das Publikum sichernder Einrichtungen." Für die Richtigkeit dieser Auffassungsweise gebe die Vorschrift des § 120 Abs. 3 der Deutschen Gewerbeordnung[20]) einen deutlichen Fingerzeig.

Fassen wir die Verpflichtung der fraglichen Unternehmer gegenüber den Mitcontrahenten in's Auge, so müssen wir fragen: Folgt denn die Pflicht, Diejenigen, welche mit ihnen contrahiren, durch wirksame Einrichtungen und Veranstaltungen vor Schaden zu sichern, nicht schon ex locato? Was wird denn Anderes verlangt, als die durch die Natur des Gewerbes zum Schutze der Contrahenten gebotenen Einrichtungen? Natürlich müssen dieselben quantitativ und qualitativ verschieden sein, je nach der Natur

---

[20]) Diese Vorschrift lautet:

Die Gewerbeunternehmer sind verpflichtet, alle diejenigen Einrichtungen herzustellen und zu unterhalten, welche mit Rücksicht auf die besondere Beschaffenheit des Gewerbebetriebes zu thunlichster Sicherheit gegen Gefahr für Leben und Gesundheit nothwendig sind.

Digitized by Google

und dem Umfang des Gewerbes; es wird aber damit keineswegs mehr verlangt, als was ein umsichtiger und in seinem Gewerbe tüchtiger Mensch von selbst thun wird.

Dernburg weist darauf hin, dass kaum aus dem einzelnen Vertrage, z. B. eines Eisenbahnunternehmers mit einem Reisenden, für den ersteren die Pflicht erwachsen könne, grossartige Bauten und sonstige kostspielige Einrichtungen zum Schutze des letzteren zu erstellen.

Es folgt allerdings aus dem Vertrage zunächst bloss, dass der Unternehmer den Reisenden gehörig an Ort und Stelle zu befördern hat. Betreibt aber der Unternehmer sein Gewerbe im Grossen, so wird er jedem einzelnen Contrahenten verantwortlich, wenn er mit ungenügenden Betriebsmitteln operirt und der concrete Unfall damit in Causalzusammenhang steht. Mögen nun die bestehenden Einrichtungen noch so grossartig und kostspielig sein, mögen sich dieselben auch nur in einzelnen, vielleicht seltenen Fällen als ungenügend herausstellen, er bleibt ex locato haftbar für entstandenen Schaden, wenn klar ist, dass die Einrichtungen, welche man von einem im fraglichen Gewerbe tüchtigen Manne erwarten kann, nicht da sind. Abgesehen übrigens,

Digitized by Google

von der faktischen Unmöglichkeit, Ansprüche auf einzelne Handlungen geltend zu machen, folgt meines Erachtens aus der Natur des Vertrages zwischen dem Transportunternehmer und dem Reisenden, als einer locatio conductio operis, dass der Reisende nicht Anspruch hat auf einzelne Handlungen, sondern auf Leistung des gehörigen Resultates.

In der Regel wird überhaupt bei den einzelnen Handlungen dem Transportunternehmer gar keine culpa nachweisbar sein; aus den angegebenen Gründen kann er nichtsdestoweniger haftbar gemacht werden. Es kann eben eine culpa vorliegen nicht in Ansehung der einzelnen Transporthandlung, sondern in Ansehung der ganzen Betriebsweise. Der conductor hätte auf den concreten Fall gerüstet sein sollen. So komme ich denn zu dem Schlusse, dass Dernburg von den fraglichen Unternehmern nicht mehr verlangt, als was sie als conductor operis dem locator zu prästiren verpflichtet sind, und dass er die vis major mit dem casus thatsächlich identificirt.

Wenn endlich die angeführte Gewerbeordnung ganz allgemein gewisse Schutzeinrichtungen gegen Gefahr für Leben und Gesundheit vorschreibt, so geschieht dies namentlich im Interesse der mit dem Unternehmer contrahirenden Arbeiter. Es wird nichts

86629

Digitized by Google

mehr und nichts weniger verlangt als die zum Zwecke der Sicherung von Leben und Gesundheit dieser Leute nöthige Diligenz eines umsichtigen und tüchtigen Mannes. Ob der Inhalt der angezogenen Vorschrift, soweit er die Arbeiter schützen will, nicht schon aus dem Dienstvertrag mit dem Arbeiter folgt, will ich dahin gestellt sein lassen. Ich weise nur hin auf die sehr bemerkenswerthen Ausführungen des französischen Juristen Sainctelette in seinem Werke: De la responsabilité et de la garantie.[21])

[21]) Ch. Sainctelette, De la responsabilité et de la garantie. Bruxelles et Paris 1884. Darüber v. Völderndorff, Krit. Vjahrschr. N. F. Bd. VIII, S. 431. Garantie ist der Ausdruck für Haftung aus dem Vertrag, im Gegensatz zu responsabilité, Haftung aus dem Gesetz.

Sainctelette steht im Wesentlichen, was den Begriff der höheren Gewalt betrifft, auf dem Standpunkt der andern französischen Juristen. (S. unten N. 36.) Force majeure und cas fortuit befreien ganz allgemein den Schuldner von der wegen Nichterfüllung des Vertrages entstehenden Schadenersatzpflicht, bezeichnen also einfach den Zufall.

Für uns ist Folgendes von Bedeutung. In Cap. V S 159 (über louage de services) heisst es: „. . . . la législation, après avoir chargé chacune des deux parties des suites de sa faute évidente, a fait deux parts des risques proprement dits. Elle a laissé à l'ouvrier la charge du cas fortuit et de la force majeure, de ces coups du sort qu'il est dans la triste destinée de l'homme de ne pouvoir pressentir ou éviter. Mais elle a mis au compte du patron les risques, dont la cause, sans être fortuite, n'est cependant pas certainement connue. Elle a judicieusement décidé que, si la science n'a pas dit son dernier mot, c'est au patron plutôt qu'à l'ouvrier de le lui arracher, que si la pratique a des façons défectueuses, c'est à celui qui commande, non à celui qui obéit, de les corriger; elle a placé l'intérêt au progrès du côté de celui qui a la puissance nécessaire pour le réaliser.

Digitized by Google

Sainctelette führt nämlich (S. 129 ff.) aus, dass sich das Rechtsverhältniss zwischen dem Herrn und dem Arbeiter nicht darin erschöpft, dass auf der einen Seite der Arbeiter dem Herrn die stipulirten Dienste zu leisten, auf der andern der Herr dem Arbeiter lediglich den vereinbarten Lohn zu entrichten hat; dass vielmehr, vermöge des Abhängigkeitsverhältnisses zum Herrn, in welches der Arbeiter gelangt, und der gefährlichen Betriebsart der modernen Gewerbe, der Dienstgeber verpflichtet ist, wie ein bonus paterfamilias für die körperliche Sicherheit des Arbeitnehmers zu sorgen. Diese Garantie folgt aus dem Dienstvertrag. Ganz ähnlich verhält es sich beim Personentransport. Der Reisende begibt sich in den Schutz des Transportunternehmers. Dieser hat für die körperliche Sicherheit desselben thunlichst Sorge zu tragen.

Indessen ist § 120 der Gewerbeordnung wohl nicht überflüssig, namentlich darum nicht, weil er auch Dritte schützen will. Auch dem Arbeiter gewährt er sichereren Schutz als allgemeine Grundsätze. Keineswegs aber ist irgend ein Anhaltspunkt darin zu finden für die Bestimmung unseres Begriffes.

En somme, elle a mis le risque des accidents sans cause connue à la charge du patron, parce que le patron est de beaucoup le principal partenaire de l'opération. Vgl. N. 19.

Digitized by Google

Am schärfsten tritt der Grundgedanke der herrschenden Lehre bei Thöl[22]) hervor. Thöl sagt kurzweg: „... der Grund, wesshalb er (der Frachtführer) für den absolut unabwendbaren Unfall nicht einstehen soll, kann doch kein anderer sein, als der, dass ihn hier kein Vorwurf treffen kann." Er unterscheidet Unfälle, die in concreto absolut unabwendbar sind, und solche, deren Abwendung vernünftigerweise nicht verlangt werden kann.

Hahn[23]) hingegen versucht es, die Haftung des Frachtführers zu objektiviren. Bei ihm finden sich Anklänge an die ältere Theorie. Ungefähr Folgendes ist der Inhalt seiner Lehre: Der Frachtführer haftet für jeden Schaden, der durch Transporthandlungen entstanden ist, mag bei denselben auch die äusserste Sorgfalt angewendet worden sein; die Handlungen der Angestellten stehen den eigenen Handlungen des Frachtführers gleich. Dies folgt aus der locatio conductio operis. Ferner sind die unmittelbar durch die Transportmittel entstandenen Beschädigungen nicht höhere Gewalt, denn die Transportmittel (zu denen eigentlich auch die Angestellten gehören), müssen so beschaffen sein, dass sie die anvertrauten Waaren

[22]) Thöl, Handelsrecht III, § 27.
[23]) Hahn, Commentar zum D. Hgb. Bd. II ad Art. 395.

Digitized by Google

nicht beschädigen. In diesem Sinne muss das nicht vertretbare schädigende Ereigniss ein äusseres, das heisst ausserhalb der Transportmittel entstandenes sein und ein unabwendbares, das heisst ein Ereigniss, das durch fehlerfreie Betriebsmittel nicht abzuwenden ist. Die höhere Gewalt bemisst sich also nach der Qualität des Widerstandes. Der vernünftige Verkehrswille hat in concreto zu entscheiden, was an Widerstandsmassregeln zu verlangen war. Vis major sind diejenigen „äusseren Ereignisse, deren Vermeidung durch Vorkehrungen, welche zu dem durch dieselben zu erreichenden Erfolg nach der allgemeinen Verkehrsanschauung in vernünftigem Verhältniss stehen, unmöglich ist."

Hahn weist ausdrücklich die Auffassung des Frachtführers als eines Versicherers hinsichtlich des Verlusts oder der Beschädigungen der zum Transport übergebenen Güter zurück. Der Frachtführer, sagt er, qualifizire sich wirthschaftlich nicht als Versicherer, das Versicherungsgeschäft wäre für ihn zu gewagt. Man könne ihm nicht zumuthen, auch für äusseren casus zu haften. Es sei dies eine ökonomische Unmöglichkeit und der Versicherte hätte gar keine Sicherheit dafür, dass der Frachtführer im Stande sein werde, einen Schaden von grösserem Umfange

Digitized by Google

auch wirklich zu ersetzen. „Bei dieser Sachlage", schliesst Hahn, „kann nicht angenommen werden, dass der allgemeine, vernünftige Verkehrswille dahin gerichtet ist, dass der Frachtführer als solcher auch die Gefahr solcher äusserer Ereignisse übernimmt, deren Vermeidung, wenn er sein Frachtgeschäft nach vernünftigen Verkehrsregeln betreibt und gegen den Verlust und die Beschädigungen des Gutes diejenigen Vorkehrungen trifft, welche im Verhältniss zu dem durch dieselben zu erreichenden Erfolge stehen, an sich unmöglich ist, hinsichtlich deren er mithin als reiner Versicherer dastehen würde."

Der Theorie Hahn's entsprechend hat das Reichsgericht mehrmals entschieden:

Entscheidung des Reichsgerichts vom 2. Dezember 1879:[24]) „Die Unmöglichkeit der Abwendung des Unfalls muss eine objektive sein, eine bloss subjektive, in der Person des Betriebsunternehmers liegende Unmöglichkeit läuft auf einen casus hinaus und befreit den Unternehmer nicht von seiner Haftverbindlichkeit."

Entscheidung vom 30. Juni 1885:[25]) „Vis major ist ein äusserer unabwendbarer Zufall (Allg.

[24]) Eger, Eisenbahnrechtl. Entsch. Bd. I N. 20.
[25]) Eger, Eisenbahnrechtl. Entsch. Bd. III N. 34.

Digitized by Google

Landrecht, Theil II, Tit. 8, § 1734). Als ein solcher erscheint nur ein zufälliges Ereigniss, welches ausser Zusammenhang mit objektiven Fehlern des betreffenden Betriebes steht, also von Aussen kommend und unabhängig von derartigen Fehlern den in Frage stehenden Nachtheil verursacht hat." Damit ist ausgesprochen, dass der Betriebsunternehmer schlechthin für die Fehlerhaftigkeit seiner Betriebsmittel einzustehen hat. Es soll weder eine erhöhte Diligenz verlangt noch ein Verschulden fingirt werden. Anscheinend wird also nicht auf die culpa abgestellt, thatsächlich ist es aber doch so.

Die Schwäche dieser Lehre (es wird noch darauf zurückzukommen sein) scheint mir darin zu liegen, dass sie, gleich wie die Dernburgs, nicht über die Haftung ex locato hinauskommt.

Sobald man auf den vernünftigen Verkehrswillen im Sinne Hahn's abstellt oder wenn man im einzelnen Fall die Verantwortlichkeit des Frachtführers darauf gründet, dass, wie Schott[26]) sich ausdrückt, der Schaden sich darstellt als die Folge eines positiven Thuns oder des Unterlassens von Massregeln und Vorkehrungen, deren Ergreifung dem Frachtführer

[26]) Schott, Das Transportgeschäft, Endemann's Hdbuch. III, S. 328.

Digitized by Google

nach vernünftiger Verkehrsanschauung zugemuthet werden kann, kommt man in concreto unvermeidlich auf die culpa, das Versehen, zurück und die vis major wird zum gewöhnlichen casus.

Es ist zu beachten, dass, wenn Hahn von äusserem Zufall spricht, ein Zufall gemeint ist, der seinen Ursprung ausserhalb der Betriebsmittel hat, nicht ausserhalb des Betriebskreises. Der Transportunternehmer haftet für Beschädigungen, die *durch die Betriebsmittel* nicht *im Betriebe* entstanden sind.[27]) So erklärt es sich, dass Hahn die Möglichkeit höherer Gewalt annimmt in Fällen, wo in einem und demselben Raum Waaren beschädigend auf andere Waaren einwirken, also wenn z. B. eine Waare verdorben wird in Folge Explodirens, Auslaufens, Verdunstens oder Faulens einer andern.

Ueberblickt man die bisher erwähnten, wenig von einander abweichenden Theorien,[28]) so sieht man,

---

[27]) Vgl. Exner's Abhandlung S. 556, Note 46.

[28]) Auf dem nämlichen Standpunkt stehen der schon erwähnte Autor Schott, Endemann's Handbuch III, S. 328–330, Westerkamp, die Haftpflicht eodem S. 651—656, Lewis, das deutsche Seerecht, I. Aufl., Bd. I, S. 239, Weinrich, die Haftpflicht wegen Tödtung und Körperverletzung, Strassburg 1883, S. 154, (Vgl. dagegen Wach, Handbuch des deutschen Civilprozesses I, S. 471) und namentlich in Uebereinstimmung mit Goldschmidt Meili, Telegraphenrecht, 2. Aufl., 217—220, s. unten S. 31.

Digitized by Google

dass sämmtlichen der Gedanke zu Grunde liegt, dass das Kriterium der höhern Gewalt die Unabwendbarkeit sei. Als höhere Gewalt wird von den Einen bezeichnet ein Ereigniss, das mit der grössten vernünftigerweise zu verlangenden Sorgfalt nicht abgewendet werden kann. Hier ist der Haftungsgrund die culpa. Andere wollen den Begriff objektiver fassen. Sie sagen: Höhere Gewalt ist ein Ereigniss, welches für den Verpflichteten mit dem seinem Gewerbe entsprechenden fehlerfreien Betriebsorganismus nicht abwendbar ist. Hier soll es nicht darauf ankommen, falls ein Fehler der Betriebsmittel vorliegt, ob dieser Fehler für den Unternehmer erkennbar gewesen sei oder nicht, ob demnach das Ereigniss, resp. der Schaden auf eine culpa zurückzuführen sei oder nicht.

Man kann diese Theorien als die relativen bezeichnen. Diesen stellt nun Exner eine absolute entgegen, welche nur einer gewissen, objektiv umgrenzten Kategorie von Ereignissen[29]) den Charakter

---

[29]) Dass bei den fraglichen Vertragsverhältnissen die culpa der Angestellten der culpa des Schuldners gleich zu achten sei, steht ausser Streit. Das geht klar und deutlich aus den Quellen hervor und ist übrigens für den Frachtführer in Art. 400 des d. Hgb. ausdrücklich sanktionirt. So auch in den meisten anderen Gesetzgebungen. Vgl. Art. 115 des Schweiz. O. R. und Art. 3 des Eidg. Transport-Ges.

Digitized by Google

der höheren Gewalt beimisst. Exner[30]) versucht es, durch positive Kriterien die vis major vom gewöhnlichen casus auszuscheiden:

Höhere Gewalt ist ein Ereigniss, welches:

1. ausserhalb des Betriebskreises der betreffenden Verkehrsunternehmungen entsprungen, durch Hereinwirken in diesen Betriebskreis einen Schaden an Leib oder Gut verursacht hat, und welches
2. vermöge der Art und Wucht seines Auftretens die im ordentlichen Laufe des Lebens zu gewärtigenden Zufälle augenscheinlich übersteigt.

Der eigentliche Fortschritt in der Bestimmung des Begriffes der höheren Gewalt liegt im ersten Kriterium. Das zweite[31]) haben die Vertreter der

[30]) Darüber Recensionen von Schneider, Ztschr. für schweiz. Recht, Bd. 24, S. 656 und Hölder, Krit. Vjahrsschr. N. F. Bd. VII, S. 535. Zu vgl. Attenhofer, Ein Rechtsgutachten in Prozesssachen der Gotthardbahngesellschaft gegen die Unternehmung des grossen Tunnels, Luzern 1884. S. 11.

[31]) Wenn es auch nicht immer so scharf formulirt wurde.

Bluntschli, Deutsches Privatrecht II, S. 20: „Diese Unterscheidung innerhalb des Zufalls hat in der That ein praktisches Interesse. In den Fällen des gewöhnlichen Zufalls nämlich ist es meistens sehr schwer, zu einem sichern Urtheile zu gelangen, ob durch Sorgfalt der Schaden hätte abgewendet werden können oder nicht; in den Fällen der höheren Gewalt dagegen (Naturereignisse,

Digitized by Google

absoluten Theorie schon längst für das wesentliche Kriterium der höheren Gewalt gehalten.

Die Art und Weise, wie Exner seine Ansicht begründet und seine Kriterien herstellt, ist kurz folgende:

Der ursprüngliche und eigentliche Grund der strengen Haftung der Schiffer, Wirthe und Frachtführer zu Land ist die Beweisnothlage, in der sich Derjenige regelmässig befindet, der mit diesen Leuten contrahirt. Wird im Gewerbebetrieb der fraglichen Unternehmer der Contrahent an Leib oder Gut beschädigt, so wird er regelmässig ausser Stande sein nachzuweisen, dass die Beschädigung durch Verschulden des Unternehmers oder seiner Leute verursacht worden sei, weil ihm die Controle der

---

Feindesgewalt) ist es klar, dass der Einzelne ihr nicht widerstehen kann. Jene Unterscheidung schneidet daher in objektiv sicherer Weise den Streit und Beweisfragen ab und eignet sich daher vorzüglich für das Handelsrecht.“ So definirt auch Koch (das deutsche Eisenbahnrecht, erster Titel, Cap. 1, § 5, S. 24) die höhere Gewalt *offenbare* (unwiderstehliche) Gewalt (wie Raub, gewaltsamer Einbruch, Aufruhr) oder unabwendbare Naturzufälle (wie Feuersbrunst, Ueberschwemmung, Sturm, Unwetter).

S. E. des O. H. G. in Berlin vom 17. Oktober 1867 (Seuffert's Archiv Bd. XXIV N. 226, und Erkenntniss des A. G. in Celle vom 21. Febr. 1875 (Seuffert's Archiv, Bd. XXVIII N. 57).

Auch des ersten Kriteriums wird hie und da erwähnt, wenn auch nicht genau im Sinne Exner's. S. Glück. Pandekten VI S. 120; Puchta, Pand. § 314. Preuss. Eisenbahngesetz vom 3. Nov. 1838 § 25.

Digitized by Google

einzelnen Handlungen und der Thätigkeit des Betriebsorganismus überhaupt unmöglich ist. Dem Unternehmer hingegen wird es ein Leichtes sein, darzuthun, dass die Beschädigung durch Zufall entstanden sei. Je grösser der Gewerbebetrieb ist, um so schwieriger wird für den Kläger der Beweis des Verschuldens sein. Hier muss nun die Gesetzgebung eingreifen. Wesentlich ist es, wenn man Abhülfe schaffen will, dass man die Diligenzfrage ganz eliminirt. Es dürfen die concreten Widerstandsmassregeln gegen etwaige schädigende Ereignisse gar nicht in Betracht gezogen werden. Das Ereigniss, welches der Beklagte zu seiner Entlastung behauptet, muss derart beschaffen sein, dass es, äusserlich betrachtet, vom Schuldverdacht von vorneherein entlastet. Ein im Innern des Betriebskreises der fraglichen Unternehmen entstandener Unfall entlastet regelmässig vom Schuldverdacht nicht, nur eine genaue Prüfung aller concreten Umstände kann dem Richter die nöthigen Anhaltspunkte zur Feststellung der Abwendbarkeit oder Unabwendbarkeit geben. Das Ereigniss muss demnach ein äusseres sein.

Der Kläger wäre aber nur unvollständig geschützt, wenn das behauptete Ereigniss nicht auch vom Verdachte der Erdichtung oder Entstellung entlastete. Es muss also ein solches sein, das weithin

Digitized by Google

erkennbar ist, ein Ereigniss, das die gewöhnlichen, im Leben zu gewärtigenden Zufälle sichtbar übersteigt. Der Richter muss in der Lage sein, prima facie zu entscheiden, ob das behauptete Ereigniss vom Schuldverdacht entlaste, und wenigstens mit Leichtigkeit sich den Beweis verschaffen können, dass dasselbe nicht erdichtet oder entstellt sei: „Liquidität des Sachverhalts ist also das Princip der zu Gunsten des Recipienten auf höhere Gewalt sich stützenden Einrede."

Der Recipient ist in der Stellung eines Versicherers, er versichert die Contrahenten gegen alle Beschädigungen, die im Innern des Betriebskreises ihren Ursprung haben, und alle von Aussen auf den Betriebskreis einwirkenden gewöhnlichen schädigenden Ereignisse.

Exner führt weiter aus: Ist ein Fall höherer Gewalt nachgewiesen, so kann die Schuldfrage doch nicht absolut ausgeschlossen werden. Es kann, trotz nachgewiesener vis major (abgesehen von der culpa interveniens), der Schaden möglicherweise auf ein Verschulden des Unternehmers, resp. seiner Angestellten zurückgeführt werden. In diesem Falle hat der Kläger die nöthigen Anhaltspunkte dafür zu geben. Es kommen nun die gewöhnlichen Grundsätze der

Digitized by Google

locatio conductio zur Anwendung. Der Beklagte bleibt immerhin für Verschulden verhaftet. Durch den Nachweis der vis major hat er seine Lage nur dahin geändert, „dass er nunmehr wie jeder andere mit der Erfüllung rückständige Contrahent zu dem Beweis unverschuldeter Leistungsunmöglichkeit zugelassen werden muss."

Der Hauptvorwurf, den die Gegner dieser Theorie machen, ist natürlich der der Unbilligkeit, weil sie sich eben von ihrem eigenen Princip nicht losmachen können: Nur die Schuld kann der Haftungsgrund sein, sei es nun wirkliche oder fingirte Schuld, culpa levis oder levissima. Exner gibt selbst zu, dass seine Lehre unter Umständen zur offenbaren Unbilligkeit ausschlagen kann. Da der Recipient z. B. für alle innern Unfälle haftet, kann es vorkommen, dass ihm Beschädigungen zur Last gelegt werden müssen, die unzweifelhaft unabwendbar waren.

Auch Exner ist also von dem Gedanken nicht frei, dass billigerweise der Zufall, als solcher, Befreiungsgrund sein sollte. Diese Unbilligkeit wird nur aufgewogen durch die Verhütung grösserer Unbilligkeit gegen die andere Partei.

Ferner wird darauf hingewiesen, dass die Unbilligkeit auch den Kläger treffen könne. Gerade

Digitized by Google

wo ein ächter Fall sogenannter höherer Gewalt vorliege, würde sehr oft eine Prüfung der Schuldfrage dem Kläger von Vortheil sein. Diesem sei es aber, in der Regel, thatsächlich unmöglich, die nöthigen Anhaltspunkte für das Verschulden des Beklagten zu geben.

Endlich wird gesagt, es widerspreche unserm Sprachgefühl, dass vis major nicht die unzweifelhafte Unabwendbarkeit in sich schliessen solle, sondern nur die präsumtive Wahrscheinlichkeit, es habe das Ereigniss nicht abgewendet werden können.[32])

Inwiefern ich diese Einwendungen und die Theorie Exner's überhaupt für richtig halte, werde ich in Folgendem darthun.

---

[32]) So Hermann Huber, zum Begriff 'der höheren Gewalt (Inauguraldissertation, Bern), S. 48, 49, 51.

Digitized by Google

III. Resultate.

In scharfsinniger Weise versucht Exner aus den modernen Verkehrsverhältnissen die nöthigen Anhaltspunkte zu gewinnen, um den Umfang der Haftverbindlichkeit der bis zur vis major haftenden Gewerbetreibenden, nach Massgabe des Gesetzes, möglichst zweckmässig zu bestimmen und darnach den Begriff der höheren Gewalt ein für allemal festzustellen. Richtigerweise berücksichtigt er dabei hauptsächlich den Frachtverkehr. Gelingt es, die Gründe, welche eine Ausdehnung der Haftung ex recepto auf den Frachtführer rechtfertigen, nicht bloss herauszufühlen, sondern zu erkennen und zu formuliren, so ist für die Bestimmung des Begriffes der höheren Gewalt alles gewonnen, was man überhaupt gewinnen kann.

Exner trifft meines Erachtens das Richtige, wenn er als nothwendigen Ausgangspunkt zur Charakterisirung der Ausnahmehaftung des Frachtführers

Digitized by Google

betrachtet die nachtheilige Lage Derjenigen, welche mit dem fraglichen Unternehmer contrahiren hinsichtlich der Controle der Erfüllungshandlungen. Findet eine Beschädigung des anvertrauten Gutes statt, so wird dem Betroffenen selten der Nachweis des Verschuldens seitens des Unternehmers oder seines Gehülfen gelingen, dem Beklagten wird es in der Regel ein Leichtes sein, sich zu exculpiren. Bei dem ausgedehnten und complicirten Organismus des Frachtgewerbes (es kommen ja hauptsächlich die Eisenbahnunternehmungen in Betracht), bei dem Heer von Angestellten, die ein Interesse daran haben, die Spuren, welche auf ein Verschulden des Unternehmers oder Angestellter zurückführen könnten, zu verwischen, ist es gar nicht anders denkbar. Gerade der complicirte Organismus der Transportgewerbe bringt auch die Möglichkeit vielfältiger anderer Gefahren mit sich. Namentlich ist hier an die sogenannten Betriebsunfälle zu denken, d. h. an solche Unfälle, die durch die Funktionen des Betriebsorganismus entstehen; sie können auch als innére Unfälle bezeichnet werden im Gegensatz zu den schädigenden Einwirkungen der Natur oder Menschengewalt von Aussen auf den Betrieb. Auch diesen letztern sind die Transportgewerbe in manigfaltiger Weise ausgesetzt.

86629

Digitized by Google

Dazu kommt noch, dass der Mitcontrahent in der Regel nicht die Wahl hat zwischen mehreren Concurrenten. Die Transportunternehmer haben ein thatsächliches Monopol.

Hilft sich Derjenige, welcher mit diesen Gewerbsleuten contrahirt, im einzelnen Falle nicht durch einen Garantievertrag oder zwingt der Staat nicht durch Gesetz diese Leute zur Versicherung der anvertrauten Güter, so wird der Contrahent stets in der höchst fatalen Lage sein, sich oder seine Waaren dem betreffenden Gewerbebetrieb blindlings anvertrauen zu müssen.

Je vollkommener natürlich die gewerblichen Einrichtungen und je tüchtiger und gewissenhafter die Angestellten sind, um so seltener werden die schädigenden Ereignisse sein.

Wie soll aber Derjenige, der einem solchen Gewerbe sich oder seine Waaren anvertraut, sich vergewissern können, ob die nöthigen Einrichtungen und die rechten Leute vorhanden sind? Wie soll er einen Schadenersatzanspruch mit Erfolg geltend machen können, wenn er regelmässig nicht im Stande ist, ein Verschulden des Unternehmers, resp. seiner Angestellten nachzuweisen?

Digitized by Google

Vergleicht man diese Sachlage mit dem, was uns die Quellen des römischen Rechts hinsichtlich der nautae, caupones und stabularii berichten, so muss man zu der Erkenntniss kommen, dass es sich im römischen Verkehr ganz ähnlich verhielt. Zur Rechtfertigung des prätorischen Ediktes über das Receptum sagt Ulpian (l. 3, § 1 ht.): Maxima utilitas est hujus Edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi, et res custodiae eorum committere. Ne quisquam putet hoc graviter adversus eos constitutum, nam est in ipsorum arbitrio ne quem recipiant. Also die Eigenthümlichkeit der betreffenden Gewerbe und der Umstand, dass man gezwungen war, ohne Controle denselben seine Sachen anzuvertrauen, rechtfertigt, nach Ulpians Ansicht, das Edikt. Diese Stelle sagt aber noch mehr. Sie weist auf das faktische Monopol hin, welches die nautae, caupones, stabularii im römischen Verkehr besassen. Auch hierin zeigt sich also eine Uebereinstimmung mit den modernen Verkehrsverhältnissen. Meili (Telegraphenrecht, S. 155) betrachtet den Umstand, dass die nautae, caupones stabularii im wirthschaftlichen Verkehr sich eines Monopols erfreuten, als das constitutive Princip, welches das Receptum erzeugt hat. Dieser Grund war also stark genug, den Prätor zu bestimmen, die

Digitized by Google

absolute Haftung des Recipienten für die ihm anvertrauten Güter auszusprechen. Labeo schränkte aber in der Folge diese strenge Haftung ein, wohl weil er einsah, dass dieselbe den wirthschaftlichen Ruin der betreffenden Unternehmer herbeiführen könnte. Er übertrug einen Theil der Gefahr auf die andere Partei. (Inde) Labeo scribit si quid naufragio aut per vim piratarum perierit non esse iniquum exceptionem dari. Das heisst doch ganz deutlich, es sei *nicht unbillig*, unter den gedachten Umständen den Beklagten zu befreien. Labeo ging also von dem Gedanken aus, dass grundsätzlich und regelmässig der Schiffer für Beschädigungen der anvertrauten Güter *billigerweise* einstehen müsse. Nur ausnahmsweise bleibt der Unternehmer nicht verhaftet, nämlich wenn ein ausserordentliches Ereigniss die Beschädigung herbeigeführt hat, ein Ereigniss, das man mit dem Namen vis major bezeichnet. Ebenso wird bei uns der Frachtführer behandelt.

Man kann nun unbedenklich zugeben, dass Exner die leitenden Gedanken, welche den Gesetzgeber zur Ausdehnung der Haftung ex recepto auf den Frachtführer bestimmt haben, erkannt hat.

Erreicht wird durch diese gesteigerte Haftpflicht zunächst, was Meili in seinem Telegraphenrecht am

Digitized by Google

angeführten Orte hervorhebt. Der Unternehmer wird veranlasst, seine Leute sehr sorgfältig auszuwählen und zu überwachen und ein möglichst vollkommenes Betriebsmaterial zu halten.

Soll das heissen, dass das Gesetz von den Transportunternehmern mehr Sorgfalt und Vorsicht verlangt, als von anderen Leuten, als von einem bonus paterfamilias? Diese Frage habe ich schon verneint. Indessen ist nun näher darauf einzugehen.

Bejaht man die Frage, so muss man unterscheiden zwischen einem abwendbaren und einem unabwendbaren Zufall, wie es, von der Dreitheilung der culpa im preussischen Landrecht ausgehend, das preussische Haftpflichtgesetz vom 3. November 1838 thut. Was hat man sich aber unter einem unabwendbaren Zufall zu denken? Der Zufall (id quod imprudentibus accidit) kann nicht unabhängig von der Diligenz gedacht werden. Es ist das schädigende Ereigniss, das mit der Diligenz eines bonus paterfamilias nicht abgewendet werden kann. Der unabwendbare Zufall wäre dann dasjenige schädigende Ereigniss, welches mit der höchsten rechtlich geforderten Diligenz nicht abwendbar ist. Mit Recht nimmt aber die herrschende Meinung (seit Hasse) an, dass die höchste, rechtlich geforderte Diligenz keine andere ist,

Digitized by Google

als die diligentia exacta oder diligentia diligentis oder diligentia boni patrisfamilias. Die Versuche, welche in neuerer Zeit von namhaften Juristen gemacht wurden, den diligentissimus wieder zu Ehren zu bringen, halte ich nicht für glücklich. Am schärfsten formulirt Meili den Gegensatz zwischen dem diligens und dem diligentissimus. „Es ist festzuhalten," sagt er, „dass der Massstab der Diligenz beim receptum und bei den darnach zu behandelnden Vertragsgruppen (also auch beim Telegraphenvertrage) nicht zu beurtheilen ist nach jenem Typus des bonus et diligens paterfamilias, das heisst eines ordentlichen, dem guten Mittelschlag entsprechenden Geschäftsmannes, nicht zu beurtheilen nach dem Charakter eines bonus et diligens paterfamilias qui non facile errat, dass vielmehr die Beurtheilung zu geschehen hat nach dem Charakter eines bonus et diligens paterfamilias qui non errat."

Allein mir ist sehr fraglich, ob überhaupt ein doppelter abstrakter Diligenzmassstab möglich ist. Es gibt meines Erachtens für den Richter keinen Typus eines bonus et diligens paterfamilias, der dem guten Mittelschlag entspricht, sondern es gibt für ihn nur den einen Massstab, nämlich das Ideal eines tüchtigen, in den fraglichen Verhältnissen thätigen Menschen,

Digitized by Google

welches er in sich trägt und wonach er auch stets die Frage der culpa entscheidet. Für den Richter ist culpa, was sich als die Nichtbeobachtung der höchsten, ihm denkbaren Diligenz darstellt, culpa lata, levis, levissima, je nachdem das in concreto angewendete Mass von Diligenz diesem Ideale mehr oder weniger nahe kommt, denn innerhalb dieses Rahmens (der omnis culpa umfasst) darf man sich schon eine Abstufung der culpa gefallen lassen, weil es überhaupt nur auf die Nichtbeobachtung der vernünftigerweise zu erwartenden Diligenz ankommt. Man schliesst eben von den äusseren, nach dem Ermessen des Richters qualifizirten Thatsachen auf die inneren, von der Nichtbeobachtung der vernünftigerweise zu erwartenden Vorsicht und Sorgfalt auf die fehlerhafte Beschaffenheit des Willens, welche ihrerseits die Verantwortlichkeit bedingen soll, nicht umgekehrt. Mag nun diese fehlerhafte Beschaffenheit des Willens culpa levis oder culpa levissima sein, das ist ganz gleichgültig. Für den Richter gibt es keine andere Vernunft und darum keine andere Diligenz als die eines in seinem Fache tüchtigen Menschen, als die eines bonus paterfamilias, weil er selbst ein solcher ist oder sein soll, nicht ein höheres Wesen. Exner macht auf die Zumuthung, welche man dem Richter stellt, wenn man von ihm

Digitized by Google

die Vorstellung eines diligentissimus verlangt, in geistreicher Weise aufmerksam (S. 518).

Die strenge Haftpflicht des Recipienten kann sich demnach nicht darin äussern, dass er eine gesteigerte Diligenz an den Tag legen soll. Man muss mit Exner logischerweise annehmen, dass dieselbe von der Diligenz gänzlich unabhängig, die höhere Gewalt also nach objektiven Merkmalen zu bestimmen ist.

Wie schon gesagt, gelangt Exner, von dem richtigen Ausgangspunkt ausgehend, im Laufe seiner Construction zu dem Satze: „Liquidität des Sachverhalts ist das Princip der auf höhere Gewalt sich stützenden Einrede". Die Schuldfrage soll gänzlich eliminirt werden; darum ist nur ein solches Ereigniss höhere Gewalt, das durch seine äussere Beschaffenheit vom Schuldverdacht und vom Verdacht der Erdichtung oder Entstellung von vorneherein entlastet. Zum Wesen der höheren Gewalt gehört die Unabwendbarkeit nicht, sondern nur die prima facie wahrscheinliche Unabwendbarkeit.

Indem Exner, lediglich die Stellung der Parteien im Processe in's Auge fassend, seine Kriterien aus dem genannten Satze ableitet, bekommt seine Theorie eine Härte. Genügen denn nur die Ereignisse, welche sich nach Exner's Ansicht als höhere Gewalt cha-

Digitized by Google

rakterisiren, den gedachten Erfordernissen? Ist denn nicht denkbar, dass im einzelnen Fall auch ein inneres Ereigniss prima facie vom Schuldverdacht und vom Verdacht der Erdichtung oder Entstellung entlastet? Exner fühlt selbst, dass seine Theorie, lediglich auf jenem Satze ruhend, zu offenbaren Unbilligkeiten führen kann.

Meines Erachtens bildet der Beweisnothstand des Klägers ein sehr zu beachtendes Moment, ich glaube aber nicht, dass *ausschliesslich* auf dasselbe abzustellen ist. Von Unbilligkeit kann nicht mehr die Rede sein, sobald man auf das Versicherungsmoment mehr Gewicht legt, und im Auge behält, dass sowohl in Deutschland[33]) und England, als in Rom, das Gesetz nur bestimmen wollte, was ursprünglich üblicher Weise durch *Vertrag* vereinbart wurde.

Der Handelsmann, der mit einem Transportunternehmer contrahirte, liess sich gewiss nicht die Ablieferung seiner Waaren in unversehrtem Zustand versprechen lediglich mit Rücksicht auf seinen Beweisnothstand im Falle der Geltendmachung seiner Rechte auf dem Processwege, sondern es lag ihm daran, wie

[33]) Eine der römischen analoge Garantieübernahme findet sich in den älteren und neueren Conossementen. S. Goldschmidt's Abhandlung. Zeitschrift für das ges. Handelsrecht III S. 100 Nr. 75.

Digitized by Google

es bei derartigem Verkehr natürlich ist, überhaupt durch den Transport seiner Waaren keinen Schaden zu erleiden. Der Unternehmer seinerseits verstand sich zu einem Garantieversprechen, weil es ihm wirthschaftlich möglich war, weil ihm der Umfang seines Gewerbes gestattete, sich schadlos zu halten.

Darum betonen wir: Es liegt der fraglichen gesetzlichen Haftung die Idee einer Zwangsversicherung[34]) zu Grunde. Dieser Satz ist entschieden kein willkürlicher. Der Versicherungsgedanke ist schon da vorhanden, wo man den Gewerbetreibenden für seine Angestellten haften lässt. Viele erkennen auch eine Haftung der Transportunternehmer für gewisse Zufälle an, nämlich für die Betriebsunfälle im engeren Sinn, d. h. für jede Beschädigung oder Verletzung der dem Betriebe anvertrauten Sachen oder der sich dem Betriebe anvertrauenden Personen, welche ihren Ursprung haben in einem, gleichviel ob verschuldeten

[34]) Auf den Versicherungsgedanken wird auch hingewiesen von Stobbe, deutsches Privatrecht § 200 S. 381, und von Fick, die schweiz. Rechtseinheitsbestrebungen, im Beilageheft zur Zeitschr. für das Ges. Hdlsrecht Bd. XIX S. 67. Beide verstehen unter höherer Gewalt einen unabwendbaren Zufall. Sie überlassen es aber dem Ermessen des Richters, *für welchen Zufall* der Transportunternehmer haften soll. Das Ermessen des Richters hat aber, m. E., keinen Anhalt, wenn man, ohne auf die diligentia diligentis abzustellen, lediglich die Unabwendbarkeit als Kriterium der höheren Gewalt betrachtet. Daher auch eine schwankende Praxis.

Digitized by Google

oder unverschuldeten, Mangel des Betriebsorganismus. Man nennt diese Art der Haftung die Haftung für objektive Fehler der Betriebsmittel. Auch hier tritt also der Versicherungsgedanke zu Tage, wenn er auch praktisch gar nichts zu bedeuten hat, weil die Vertreter dieser Ansicht anderseits die Haftpflicht lediglich gründen auf die Nichtbeobachtung der vernünftigen Verkehrsregeln, so dass faktisch auf die Diligenz abgestellt wird; denn jedem tüchtigen Frachtführer darf die Beobachtung der vernünftigen Verkehrsregeln zugemuthet werden. „Die Bahnverwaltung haftet für ordnungsmässigen, fehlerfreien Zustand, nicht für die Vollkommenheit ihres Materials,[35]) das heisst doch, sie haftet für die vernünftigerweise zu erwartenden Vorkehrungen und Massregeln. Die objektive Unabwendbarkeit hat einen Sinn, sobald der Unternehmer eine juristische Person ist; handelt es sich aber um eine physische, so kommt man von der Diligenz nicht los und der Haftungsgrund ist wieder die culpa. Wenn man nicht frischweg in objektiv sicherer Weise die Ereignisse, für welche gehaftet wird, abgrenzt von denen, für welche nicht gehaftet

[35]) Wie Westerkamp am ang. Orte S. 655 sagt, polemisirend gegen Eger (Commentar zum d. Reichshaftpflichtgesetz), der aber thatsächlich auf dem gleichen Boden steht wie er selbst.

Digitized by Google

wird, kommt man nicht über die Haftung für culpa hinaus. Es wird aber einmal, und mit Recht, von den Transportunternehmern eine gesteigerte Haftung verlangt, die sich nicht allein in der Haftung für die Angestellten erschöpfen soll. Unmöglich kommt man zu einer befriedigenden Bestimmung des Umfangs dieser Haftung, wenn man nicht ein für allemal mit der culpa als Princip derselben bricht und ein anderes aufstellt, nämlich das einer Zwangsversicherung, wie es sich schon im englisch-amerikanischen Rechte[36]) für den Sachentransport findet. Nicht darum ist eine gesteigerte Haftung der Transportunternehmer gerechtfertigt, weil man von ihnen grössere Anstrengungen

[36]) Nach englisch-amerikanischem comon law haftet beim Sachentransport (nicht beim Personentransport, s. Meili, Telephonrecht S. 256) der Frachtführer schlechthin, wenn nicht ein acte of God or the Kings ennemy den Schaden herbeigeführt hat.

Das französische Recht hingegen steht auf dem Standpunkt der Glosse. Force majeure und cas fortuit befreien ganz allgemein den Schuldner von der Haftung wegen Nichterfüllung der obligatorischen Verpflichtung. Pardessus, droit commercial I S. 284: ...„on nomme force majeure l'évènement, auquel on ne peut résister, et cas fortuit, celui que la prudence humaine ne saurait prévoir. Vgl. II S. 545: Delamare et Lepoitevin, traité de droit commercial II S. 275; Dalloz, Rép. de jurisprudence sub force majeure. Die force majeure wird nur in Gegensatz gestellt zum cas imprévu. Dalloz: „Du reste tout cas imprévu n'est pas un cas fortuit. Car de ce qu'il a été imprévu pour celui qu'il a atteint, il ne résulte pas que celui-ci n'eût du le prévoir."

Ferner Troplong, traité de droit commercial N. 207 und Férand-Giraud, code des transports II N. 860.

Digitized by Google

verlangen darf, als von anderen Leuten, sondern weil es geboten ist, das Publikum gegen die gewöhnlichen, mit ihrem Gewerbe verbundenen Gefahren thunlichst zu schützen.

Das kann man, ohne ungerecht zu sein, durch eine Zwangsversicherung.

Man wird nun dagegen einwenden: Der Contrahent soll mit dem Unternehmer einen Versicherungsvertrag abschliessen, der Unternehmer kann ja ganz gut gegen eine Prämie im einzelnen Falle die Versicherung der anvertrauten Güter übernehmen. Damit wäre meines Erachtens nur wenig geholfen. Jeder Contrahent wäre regelmässig gezwungen, einen solchen Vertrag abzuschliessen, sonst befände er sich, weil dann die gewöhnlichen Grundsätze (der locatio conductio) zur Anwendung kämen, in einer höchst nachtheiligen Lage. Ist es da nicht besser, den fraglichen Unternehmer im Interesse des Verkehrs zur Versicherung zu zwingen? Gerade weil Garantieverträge durchweg üblich waren und die betreffenden Unternehmer in der Lage waren, sich schadlos zu halten durch eine verhältnissmässig geringe Erhöhung ihres Tarifs, war es in Rom, in England und in Deutschland, wo die vertragliche Garantieübernahme wenigstens im Seefrachtverkehr üblich war, gerecht-

Digitized by Google

fertigt, dieselbe zu einer gesetzlichen Pflicht[37]) zu machen.

Ich will noch besonders erwähnen, dass auch den Römern die Versicherungsidee nicht fremd war. Dieselbe lag auch dem Edikte über das receptum zu Grunde und durch die Einschränkung wurde daran nichts geändert. Die custodia selbst, auf welche man in der Regel die Haftung ex recepto eingeschränkt wissen will, beruht auf der nämlichen Idee. Das sagt indirekt Gajus: nauta, caupo, stabularius, mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta ut trajiciant vectores, caupo etc., et tamen custodiae nomine tenentur (l. 5, § 1, n. c. st. 4. 9). Gajus hielt es also für möglich, dass man für die Uebernahme der custodia eine *besondere* merces erhalten könne, natürlich, weil die custodia absolute Haftung für gewisse schädigende

[37]) Trifft die Idee der Zwangsversicherung auch zu bei der Haftpflicht der Eisenbahnunternehmungen wegen Tödtung und Körperverletzung? Soweit es sich um Schadenersatzpflicht wegen Tödtung und Körperverletzung Reisender bei dem Betrieb handelt, ganz gewiss. Insofern ist die fragliche Norm nur eine Anwendung der Grundsätze über den Transportverkehr. Nun tritt die gleiche Haftpflicht aber auch dann ein, wenn dritte Personen (nicht durch eigenes Verschulden) beim Betriebe verletzt werden. Hier motivirt der Beweisnothstand der Beschädigten in Bezug auf die Fahrlässigkeit des Unternehmers resp. der Angestellten wohl ausschliesslich diese Haftpflicht. Das Publikum soll vor den durch den Betrieb des betreffenden Gewerbes unmittelbar gegebenen Gefahren unbedingt geschützt sein.

Digitized by Google

Ereignisse bedeutete. Eine besondere merces erhielten für die custodia die Schiffer, Gast-, und Stallwirthe also nicht, damit ist aber keineswegs gesagt, dass sie sich nicht schadlos hielten durch einen entsprechenden Aufschlag des Entgelts für ihre gewerblichen Leistungen.[38])

Auf welchen Zufall erstreckt sich nun die Versicherung und auf welchen nicht?

Wenn gesagt wird, der Recipient hafte für den gewöhnlichen casus, so sind damit die Zufälle schon bezeichnet, für welche er nicht haftet; es sind die aussergewöhnlichen Zufälle (quod extra consuetudinem accidit, l. 15, § 2, loc. 19. 2). Vis major ist also

---

[38]) Mit Recht bestreitet Meili in seinem Telegraphenrecht (S. 107), dass bei der Werkverdingung in der merces constituta eine Assekuranzprämie liege. Er weist, in Uebereinstimmung mit Goldschmidt, überzeugend nach, dass nach römischem Recht der conductor nur für culpa (hinsichtlich der Gehülfen für culpa in eligendo) haftet. „Wenn die Römer wirklich, wie behauptet wird, eine derartige Garantie (Haftung für Zufall) bei der locatio conductio so geläufig gewesen wäre, so hätten sie sich sicherlich nicht so aufgehalten über die Bestimmung des prätorischen Ediktes gegenüber den nautae, caupones stabularii."

Hingegen scheint mir beim receptum naut. caup. stab. eine solche Annahme durchaus nicht ausgeschlossen.

Die Versicherungsidee liegt dem röm. Receptum zu Grunde, nur waren sich die römischen Juristen derselben meist nicht klar bewusst. Vielfach wird die Haftung ex recepto als etwas höchst anomales hingestellt und die Haftung der n. caup. stab. für ihre Gehülfen, zur Beruhigung, auf eine Fiktion der culpa zurückgeführt. Vgl. F. von Wyss, die Haftung für fremde culpa S. 61 und 62.

Digitized by Google

der ausserordentliche casus. Um aber eine einigermassen deutliche Grenze zwischen dem gewöhnlichen und dem aussergewöhnlichen Zufall zu ziehen, ist es nothwendig zu prüfen, was unter den gewöhnlichen casus fällt und was nicht, und damit gleichzeitig den in den Quellen angegebenen Inhalt der Haftung ex recepto zu ergänzen.

Dem ersten von Goldschmidt aufgestellten Satz: „Der Recipient haftet unbedingt für Handlungen seiner Gehülfen und der Reisenden" ist hinzuzufügen: und für solche Beschädigungen, die entstehen durch die Betriebsmittel (im engeren Sinn) und durch die aufgenommenen Waaren.

Denn, wenn der Recipient einmal für seine Angestellten und für die aufgenommenen Reisenden unbedingt einsteht, so ist kein Grund vorhanden, diese nämliche Haftung nicht auch hinsichtlich der schädigenden Ereignisse anzunehmen, die entstehen durch das Betriebsmaterial und durch die aufgenommenen Waaren. Der Risico ist im letzteren Falle nicht grösser als im ersteren.

Der zweite Satz: „Der Recipient haftet für Handlungen Dritter zu der eben gedachten Kategorie nicht gehöriger Personen und zwar nicht allein gegen furtum, sondern auch gegen damnum, Vernichtung

Digitized by Google

und Beschädigung" ist nun so zu verstehen, dass der Recipient schlechthin für heimliche Entwendung und Beschädigung einsteht. Er haftet für custodia.

„Er haftet nicht für damnum fatale" heisst: er haftet nicht für den ausserordentlichen Zufall, insbesondere nicht für Naturereignisse und offene Gewaltthat.[39])

Trotz den Zusätzen bezeichnen die Sätze 1 und 2 noch keineswegs den vollständigen Inhalt der Haftung der betreffenden Unternehmer. Sie enthalten indessen bestimmte Anhaltspunkte zur genaueren Ausscheidung der vis major vom casus.

Es ist weiter zu sagen: Satz 1 spricht, wenn auch unvollständig, aus, dass der Unternehmer für alle im Betriebsorganismus entstehenden Unfälle einsteht. Wenn es nun wahr ist, dass der Recipient für den gewöhnlichen Zufall haftet, so muss er schlechthin einstehen für alle Zufälle, denen die in seinen Gewerbebetrieb aufgenommenen Sachen oder Personen durch die Natur des Gewerbes ausgesetzt

---

39) Eine Entscheidung des R. O. H. huldigt ebenfalls der Ansicht, dass auf dem Gebiete der Schädigungen durch Dritte nur offene Gewaltthat höhere Gewalt sein kann, E. vom 11. April 1876 (Bd. XX S. 49): Diebstahl ohne offene Gewaltthat unter Ueberwindung (Knebelung) der in der Nähe des Gegenstandes schlafenden Person ist nicht vis major.

86629

Digitized by Google

sind. Damit kommt man zum ersten von Exner aufgestellten Kriterium: Höhere Gewalt kann nur ein Ereigniss sein, welches ausserhalb des Betriebskreises der betreffenden Verkehrsunternehmung entsprungen, durch Hereinwirken auf diesen Betriebskreis einen Schaden an Leib oder Gut verursacht hat. Der zweite Satz bezeichnet die äusseren Ereignisse und enthält, wie der erste, feste Anhaltspunkte für das Ermessen des Richters. Demnach kann man sich auch das zweite Kriterium Exner's gefallen lassen: Die höhere Gewalt ist ferner ein Ereigniss, welches vermöge der Art und Wucht seines Auftretens die im ordentlichen Laufe des Lebens zu gewärtigenden Zufälle augenscheinlich übersteigt.

Im Uebrigen ist einfach auf die Ausführungen Exner's zu verweisen. In einem Punkt kann ich aber mit Exner nicht übereinstimmen. Zugegeben, dass die Unterscheidungsmerkmale zwischen casus und vis major im objektiven Bestande der schädigenden Thatsachen liegen, so kann man meines Erachtens doch nicht die Begründetheit der auf höhere Gewalt sich stützenden Einrede lediglich vom objektiven Bestande der schädigenden Thatsachen abhängig machen.

Digitized by Google

Die vis major und der casus können sich darum nur durch äussere Merkmale unterscheiden, weil sie ihrem inneren Wesen nach identisch sind. Sie sind die schädigenden Ereignisse, welche man mit der Diligenz eines bonus paterfamilias nicht abwenden kann. Sie haben ebensowenig die Vermuthung der Unabwendbarkeit für sich, wie irgend ein anderes Ereigniss, wenn schon die Ereignisse, die sich äusserlich als vis major charakterisiren, dazu angethan sind, als Beispiele für den eigentlichen Zufall zu dienen, und in concreto den Nachweis der Unabwendbarkeit in hohem Masse erleichtern können.

Die Exner'sche Ansicht ist in diesem Punkt meines Erachtens keine befriedigende; es widerspricht allerdings unserm Sprachgefühl, die vis major als eine Kategorie von Ereignissen aufzufassen, welche wahrscheinlich unabwendbar sind. Und praktisch angewendet kann dieselbe auch zu manchen Unbilligkeiten gegen den Kläger führen. Dieser wird gewöhnlich nicht im Stande sein, die nöthigen Anhaltspunkte für das Verschulden des Unternehmers oder seiner Leute zu geben, wenn äusserlich betrachtet das behauptete Ereigniss als vis major sich charakterisirt.

Digitized by Google

Wenn auch das vom Beklagten behauptete Ereigniss, äusserlich betrachtet sich als vis major charakterisirt, so kann die Begründetheit der Einrede dennoch nicht im objektiven Bestande der schädigenden Thatsachen allein gefunden werden; zur Begründetheit derselben gehört vielmehr der Nachweis, dass das fragliche Ereigniss mit der gehörigen Diligenz unabwendbar war. Für die Richtigkeit dieser Auffassung gibt das Deutsche Postgesetz,[40] glaube ich, einen deutlichen Fingerzeig. § 6b befreit die Postverwaltung von der Verantwortlichkeit für Briefe mit Werthangabe, recommandirte Briefe und Pakete bloss, wenn der Verlust, die Beschädigung oder Verzögerung durch die unabwendbaren Folgen eines Naturereignisses herbeigeführt worden sind. Es sind hier zwei Requisite wohl zu beachten, ein objektives und ein subjektives. Das schädigende Ereigniss muss sich objektiv als Naturereigniss charakterisiren und muss in seinen Folgen für die Post unabwendbar gewesen sein. Es genügt also nicht der Nachweis eines Naturereignisses, sondern zur Begründetheit der Einrede gehört auch der Nachweis, dass dasselbe unabwendbar war.

[40]) Vgl. Dambach, das deutsche Postgesetz vom 28. Okt. 1871 4. Aufl. S. 39. Meili, die Haftpflicht der Postanstalten S. 48 und Schott S. 552.

Digitized by Google

Damit kommt man allerdings in die Diligenzfrage hinein. Das ist aber unter keinen Umständen zu vermeiden. Auch die Anwendung von Exner's Theorie schliesst, wie Hölder sehr richtig bemerkt, das Eintreten auf die Einzelnheiten des concreten Falles nicht aus. Die Kriterien, die Exner aufstellt, sind nicht so augenscheinliche, um eine Prüfung der näheren Umstände auszuschliessen.

Wird das behauptete Ereigniss, äusserlich betrachtet, als nicht zu den schlechthin vertretbaren gehörig vom Richter erkannt, sind vielmehr die äusseren Merkmale der höheren Gewalt vorhanden, so wird auf die weitere Frage einzugehen sein, ob das behauptete Ereigniss mit der gehörigen Diligenz abwendbar war oder nicht.

Der praktische Werth der singulären Haftung der betreffenden Unternehmer ist darin zu finden, dass diese Unternehmer für gewisse, äusserlich erkennbare, schädigende Ereignisse als Versicherer auftreten, für andere, ebenfalls äusserlich erkennbare, schädigende Ereignisse dagegen nicht einstehen, falls sie nachweisen, dass dieselben in ihren Folgen in concreto unabwendbar waren.

Das schweizerische Bundesgesetz betreffend den Transport auf Eisenbahnen vom 20. März 1875

Digitized by Google

bestimmt in Art. 53, dass nicht als höhere Gewalt anzusehen sind Unfälle, welche herbeigeführt werden:

1. durch irgend welche Versehen oder Vergehen der Beamten oder Angestellten, auch wenn dieselben nicht schon unter den im Art. 3, Al. 2 angegebenen Gesichtspunkt von der Transportanstalt zu vertreten sind (Art. 3 sagt: Die Eisenbahn haftet sowohl für ihre Angestellten, als auch für andere Personen, deren sie sich bei ihren Transportgeschäften bedient);
2. durch Versehen oder Vergehen der in andern, als für den Transport für Passagiere bestimmten Wagen zugelassenen Personen;
3. durch gefährdende Eigenschaften oder die mangelhafte Verpackung transportirter Gegenstände;
4. durch fehlerhafte, den allgemeinen Anforderungen der Technik nicht entsprechende Einrichtungen des Baues oder Betriebes der Anstalt;
5. durch mangelhaften Zustand der Anstalt selbst oder ihrer Betriebsmittel;
6. durch Nichtbefolgung oder ungehörige Befolgung von Vorsichtsmassregeln oder Vorkehrungen, die durch allgemeine polizeiliche

Digitized by Google

Anordnungen oder spezielle Concessionsbestimmungen der Anstalt zur Pflicht gemacht sind.

Darnach sollte man meinen, dass alle Unfälle, die nicht unter die in diesem Artikel geltend gemachten Gesichtspunkte fallen, höhere Gewalt sind. Dem ist aber keineswegs so. Schon der Mangel einer gesetzlichen Definition des Begriffes der höheren Gewalt rechtfertigt diesen Artikel. Da man auch in der Wissenschaft nichts weniger als einig ist über unseren Begriff, so erscheint es sogar geboten, dem Richter einige Wegleitungen zu geben.

Was insbesondere die sub Ziffer 4, 5 und 6 getroffenen Entscheidungen betrifft, so bemerkt Fick[41]) in den Motiven zum „Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend die Rechtsverhältnisse des Frachtverkehrs und der Spedition auf Eisenbahnen und auf anderen vom Bunde concedirten oder von ihm selbst betriebenen Transportanstalten", in welchem Entwurf an einschlägiger Stelle die nämlichen Entscheidungen getroffen sind — „dass sie wohl keiner anderen Rechtfertigung bedürfen, als dass auch hier, namentlich wegen der bei unseren Transportanstalten wohl fast ausnahmslos vorkommenden Qualifikation als juristische

[41]) Die schweiz. Rechtseinheitsbestrebungen S. 143.

Digitized by Google

Personen und der herrschenden Theorie über deren Willensfähigkeit, Zweifel und Bedenken auftauchen können, die das Gesetz im Interesse des Publikums abschneiden muss."

Ich halte die genannten Entscheidungen ebenfalls durchaus nicht für überflüssig, glaube aber, dass sie schon aus allgemeinen Grundsätzen folgen. Im Sinne dieser Entscheidungen verstehe ich die vom Verpflichteten anzuwendende Diligenz, von welcher, falls die äusseren Merkmale der höheren Gewalt da sind, das Vorhandensein dieser letzteren abhängt.

Das Resultat, zu dem ich gelange, ist also kurz folgendes:

Die Definition, welche Exner gibt, ist folgendermassen abzuändern:

Höhere Gewalt ist *ein Zufall,* welcher:

1. ausserhalb des Betriebskreises der betreffenden Verkehrsunternehmung entsprungen, durch Hereinwirken in diesen Betriebskreis einen Schaden an Leib oder Gut verursacht hat, und welcher
2. vermöge der Art und Wucht seines Auftretens die im ordentlichen Laufe des Lebens zu gewärtigenden Zufälle augenscheinlich übersteigt.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google